

O SR. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o ilustre congressista.

O SR. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA — Sr. Presidente. Aceitando o ponto de vista do professor Bruno de Mendonça Lima, quero manifestar que entendo ser teoricamente compatível o sistema federativo com o parlamentarismo. Entretanto, quero ressaltar a minha adesão intransigente ao sistema presidencialista, para não parecer que o meu voto à parte teórica pudesse fazer periclitar a minha vocação presidencialista.

O SR. GIRÃO BARROSO — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o ilustre congressista.

O SR. GIRÃO BARROSO — Voto, sr. Presidente, no mesmo sentido.

O SR. HENRIQUE RUPP JÚNIOR — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre congressista.

O SR. HENRIQUE RUPP JÚNIOR — Meu voto também é no mesmo sentido.

O SR. PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre congressista.

O SR. PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO — Pedí a palavra, sr. Presidente, apenas para um esclarecimento, uma vez que já está a matéria votada.

Quero que fique bem claro que não é objeto da minha tese, nem é das suas conclusões, decidir da conveniência ou inconveniência de um ou de outro sistema de governo, mas apenas estudar a possibilidade, à luz do direito positivo brasileiro, da adoção de um sistema de governo em determinada forma de Estado.

Apenas isto.

O SR. PRESIDENTE — Está aprovada a tese, com os votos em contrário anotados pela Secretaria e com as restrições que acabam de ser formuladas.

O SR. ARMANDO FAY DE AZEVEDO — Peço a palavra, sr. Presidente, apenas para levantar uma questão de ordem.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre congressista.

O SR. ARMANDO FAY DE AZEVEDO — Como V. Excia., sr. Presidente, declarou que a tese havia sido aprovada com restrições, pergunto-lhe se essas restrições não devem ser tomadas como declarações de voto e tão somente assim, de modo a não implicar em quaisquer restrições ao conteúdo da tese, que, estaria, então, aprovada integralmente.

O SR. PRESIDENTE — Perfeitamente, a tese foi aprovada na íntegra.

A REVISÃO DAS LEIS ORGÂNICAS MUNICIPAIS PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA

Arno Schilling

1 — Atualidade do tema. 2 — Desdobramento das questões. 3 — Conceito de autonomia política. 4 — A autonomia municipal na Constituição de 1891. 5 — Nas Constituições de 1934 e 1946. 6 — O regime municipal na Argentina. 7 — Um acórdão recente do Supremo Tribunal Federal sobre imunidades de vereadores. 8 — O Município não está para o Estado, como este para a União. 9 — Constitucionalidade do regime de carta própria. 10 — A feitura da Lei Orgânica municipal constitui exercício de poder regulamentar. Distinção entre poder legislativo e poder executivo. 11 — A feitura da Lei Orgânica Municipal resulta do exercício de uma competência, não delegada, mas transferida pelo Estado. 12 — O Município, como autarquia administrativa, e o controle do Estado. 13 — A independência e harmonia dos poderes. 14 — Significação da independência do Poder Judiciário. 15 — Análise do ato de revisão e sua justificação. 16 — Inconstitucionalidade do Estatuto político do Estado de São Paulo. 17 — Constitucionalidade da revisão das leis orgânicas municipais. 18 — Conclusões.

1 — Tema de ardente atualidade é o que diz com a faculdade, que se arroga a Assembléia legislativa do Estado, de revisar as Leis Orgânicas dos Municípios; faculdade assentada na Constituição do Estado, em preceito que atribui ao órgão legislativo estadual a competência exclusiva de rever as leis orgânicas municipais, a-fim de expurgá-las de disposições contrárias à legislação federal ou estadual (Constituição do Estado — art. 46, XVIII).

Qualificando-a de exclusiva, a lei magna do Estado determina que o exercício dessa competência independa de colaboração do Poder Executivo; a deliberação do Poder Legislativo não necessita de sanção, nem é suscetível de veto.

2 — Formou-se apaixonada controvérsia sobre a legitimidade dessa atribuição, em face da Constituição Federal; duas correntes propugnam, uma a constitucionalidade, outra a inconstitucionalidade da apontada disposição da Constituição estadual.

A questão sobre a constitucionalidade da citada atribuição terá de desdobrar-se, para ser apreciada em função de duas teses candentes do direito público:

1.^a — Goza o Município de autonomia política? A faculdade de revisão das Leis Orgânicas se compadece com a prerrogativa da autonomia municipal?

2.^a — A revisão das Leis Orgânicas implica, inegavelmente, decisão sobre matéria de direito e, como tal, exercício de função jurisdicional. Pode o órgão legislativo desempenhar atribuição jurisdicional, quando, na República, a Constituição deferiu ao Poder Judiciário toda a jurisdição contenciosa?

3 — Para bem situar a primeira questão cumpre delinear o conceito de autonomia política, que consiste, na órbita do direito público, na faculdade de auto-organização, atribuída ao ente; ou, em outros termos, é politicamente autônomo o organismo, que se dá a si mesmo a sua lei constitutiva, respeitados determinados princípios fundamentais. Aqui, o conceito de autonomia política corresponde ao de autonomia constitucional (Rafael Bielsa — “La Autarquia de las Universidades” — ed. 1926 — p. 35, letra a e 36-44; Pinto Ferreira — “Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno” — ed. 1948 — Recife — p. 512).

E' bem de ver que, concebida a autonomia política nestes termos, o Município não a possui. Não importa que outros autores dêem à idéia de autonomia política raias mais amplas; para solucionar a controvérsia, armada acima, é dado fundamental saber que ao Município não é dado o poder de auto-organização, em caráter originário.

Um fato da história constitucional argentina ilustra perfeitamente a assertiva. Na Argentina, como no Brasil, a Nação adotou a Federação como forma de organização. As províncias argentinas, que correspondem aos estados federados brasileiros, são politicamente autônomas, porquanto a elas se concede o poder de auto-organização; contudo, a Constituição Federal de 1853 atribuiu, no inc. 28, do art. 64, ao Congresso Nacional, a competência de examinar as Constituições provinciais e reprová-las se não estivessem conformes com os princípios e as disposições da Lei Magna — era uma faculdade de revisão que o poder legislativo federal exercia sobre as constituições das províncias.

Na reforma de 1860, foi supresso o dispositivo, que consagrava aquela faculdade, sob o fundamento de que o mesmo colidia com o poder de auto-organização, pertencente às províncias (R. Bielsa — op. cit. — p. 36).

Em suma, auto-organização, ou autonomia política, e faculdade de revisão por um poder superior são conceitos que se repelem. Onde existe auto-organização, ou autonomia política, não há lugar para o exercício do controle de legalidade por um poder político superior, salvo o do Poder Judiciário, no desempenho de suas atribuições específicas; de outro lado, um poder superior pode estabelecer controle ou revisão sobre o ente, que não goza de autonomia política, ou de faculdade de auto-organização.

4 — A questão, no fundo, consiste em saber se o Município, na organização constitucional brasileira, goza de autonomia política? Se o Município está para o Estado federado, na mesma posição em que este se coloca em face da União?

Uma rápida incursão pelos domínios da história dará ao estudioso uma resposta objetiva às perguntas formuladas.

Após a Independência veio a inaugurar-se a fase brasileira do nosso municipalismo. A Constituição Política do Império do Brasil consagra ao município os seguintes preceitos:

Art. 167 — Em todas as cidades e vilas ora existentes, e nas mais que para o futuro se criarem, haverá câmaras, às quais compete o governo econômico e municipal das cidades e vilas.

Art. 168 — As câmaras serão eletivas e compostas do número de vereadores que a lei designar, e o que obtiver maior número de votos será presidente.

Art. 169 — O exercício de suas funções municipais, formação das suas posturas políticas, aplicação das suas rendas, e todas as suas particulares e úteis atribuições, serão decretadas por uma lei regulamentar.

Não há nestas disposições nenhuma referência à autonomia política, entendida como faculdade de auto-organização; muito pelo contrário, a organização do município, segundo o disposto no art. 169, acima transcrito, cabia ao legislador nacional ordinário.

A lei de 1.^o de outubro de 1828 veio pôr em execução a diretiva assentada na Constituição imperial; longe de conferir ao município qualquer parcela de auto-organização, o legislador, no art. 24, definiu as Câmaras Municipais, que concentravam funções deliberativas e executivas, como “*corporações meramente administrativas*” — traço que passou a constituir a nota dominante do municipalismo, no

Império e na República. Daí concluíram tribunais e autores que as municipalidades, em nenhuma fase da história do Brasil independente, assumiram poder político, não representando senão entidades administrativas (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 10.5.1919; Castro Nunes — “Do Estado Federado e sua organização municipal” — págs. 127 e ss; Francisco Campos — “Antecipações à Reforma Política” — ed. 1940 — págs. 17 a 149).

Sem embargo disso, há mestres de nomeada que encontram caracterizada no município, além das atribuições administrativas, a função política (Carlos Maximiliano — “Comentários à Constituição Brasileira” — 4.^a ed. — vol. 1.^o — p. 352 e ss; Francisco Brochado da Rocha — em notável discurso na Assembléia Legislativa do Estado — in “Diário da Assembléia Legislativa” — Ano II — n. 86 — p. 18 e ss).

Para nenhum dos partidários desta corrente, a função política implica auto-organização, ou promana da concessão desta faculdade ao município. Para uns, a função política assenta no princípio da representatividade das Câmaras municipais; para outros, a índole administrativa da atividade pública do município não lhe tira o caráter de poder político, eis que qualquer que seja a face da atividade pública — legislativa, jurisdicional ou administrativa — é ela, sempre, uma atividade política.

São conceitos amplos de política, que extravasam das raias mais precisas da idéia de autonomia política, fixada anteriormente.

Com o advento da República, a Constituição de 1891, no art. 68, mantido integralmente na reforma de 1926, preceituava:

“Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”.

Em dispositivo anterior, intocado na reforma de 1926, a Lei Magna preceituara:

“Art. 63 — Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitados os princípios constitucionais da União”.

Eis aí a base constitucional da autonomia política dos Estados, prerrogativa que não se pode abstrair em Nação politicamente organizada em Federação.

Como ensina excelentemente Pinto Ferreira:

— “O conceito da autonomia constitucional é, por isso mesmo, o critério distintivo e básico, a permitir a

caraterização típica dos Estados — membros frente às coletividades territoriais inferiores. A autonomia constitucional, salienta Mouskheli, consiste no direito que tem uma comunidade jurídica de dar-se livremente uma constituição e no direito de modificá-la.

Essa autonomia constitucional se desdobra, na prática, em duas exteriorizações concretas e objetivas. A primeira delas reside no direito, próprio do Estado — membro, ou na competência exclusiva, como diria Durand, de se dotar a si mesmo de uma lei fundamental, respeitados os princípios constitucionais da União. A segunda delas se cristaliza no direito do Estado — membro de participar na formação da vontade federal, ora de uma maneira indireta, mediante a sua representação no senado, ora de uma maneira direta, pela sua possibilidade de interferência na revisão da constituição federal por meio da referida câmara alta ou senado” — (“Princípios gerais do direito constitucional moderno” — Recife — ed. 1948 — p. 512).

Dos termos expressos dos arts. 63 e 68 depreende-se que aos Estados Federados era dado organizarem-se por si mesmos, constitucional e administrativamente, ao passo que falecia idêntica faculdade aos Municípios, os quais são forma de organização administrativa dos Estados. O Estado federado é o criador; o Município, a criatura.

Emenda, cuja referência tem alto valor para o presente estudo, foi apresentada pelo deputado Meira Vasconcelos na primeira Constituinte republicana; tirava ela ao alvo de atribuir aos Municípios poder de auto-organização, bem como a faculdade de adotar carta ou lei orgânica própria. Na justificação, o seu autor arrimava-se na afirmação de que o Município está para o Estado, como êste para a União, reproduzindo a imagem dos três círculos concêntricos, cada um com esfera própria e entre si harmônicos.

A emenda foi declarada prejudicada com a aprovação de outra, substitutiva, que se transformou no art. 68 da Constituição de 1891; proclamada a aprovação desta declarou o Presidente, que era Prudente de Moraes, que, em vista do substitutivo, “ficava às Constituições dos Estados determinar a sua organização municipal” (Castro Nunes — “Do Estado Federado e sua organização municipal” — ed. 1920 — págs. 75 e 76).

Essa competência, aliás, não era pela vez primeira que surgia no cenário dos poderes constitucionais. Promulgada a Constituição Imperial e por um imperativo decorrente de comando expresso

que ela continha, no seu art. 169, veio a lume e a lei de 1.º de outubro de 1826 que, em escala nacional, regulamentou a organização dos municípios brasileiros.

Com o advento, em 1834, do famoso Ato Adicional — que traduziu tendência marcante para a descentralização, em benefício dos Estados — a êstes se transferiu, daí por diante, a atribuição de disciplinar, como matéria de seu interesse local, a existência e as funções das comunas.

“Dentro dêsse critério, a província de São Paulo organizou o seu regime municipal, criando os prefeitos pela lei de 11 de abril de 1835, no que foi imitada por outras províncias; leis que, sendo um corolário do sistema — “filhas legítimas do Ato Adicional”, como disse Tavares Bastos, ressaltando embora sua opinião adversa ao mérito da província — assinalaram desde logo a atribuição provincial de prover os seus negócios de administração interna; e a Regência na qual viu Joaquim Nabuco uma verdadeira experiência do sistema republicano, prestigiou, pelo órgão de Feijó, o poder provincial recomendando às demais províncias que, na sua organização municipal, adotassem a lei paulistana” — (Castro Nunes — op. cit. — p. 66).

A corrente centralizadora, sem embargo dessa derrota, investiu incessantemente contra a descentralização operada e, durante o segundo império, não deixou de conquistar êxitos muitas vezes decisivos, um dos quais, senão o principal, foi a lei interpretativa, de 1840, que “amputou” o Ato Adicional, na frase de Tavares Bastos.

Os ventos sopravam favoráveis à centralização, quando a propaganda republicana se apoderou da idéa federativa, transformando-a em cavalo de batalha. Como a reação centralizadora se encarnava contra as regalias concedidas às províncias, era em favor destas, naturalmente, que o partido republicano descarregou as baterias da sua propaganda e do seu proselitismo. O Município, com as suas prerrogativas e os seus problemas, não representava a preocupação dominante nas ideologias de reforma política, que então passaram a empolgar os círculos intelectuais. Muito pelo contrário, ao apagar das luzes do segundo Império, a autonomia dos municípios era o paliativo que o gabinete Ouro Preto oferecia nos seus últimos arrancos; “e tal era a convicção de que servia mais à causa monárquica do que às aspirações republicanas, que Ouro Preto pôde responder à increpação de estar servindo aos ideais revolucionários, dizendo que, pelo contrário, estava salvando a Monarquia” (Castro Nunes — op. cit. — p. 68).

A propaganda republicana casava-se definitivamente com a causa da autonomia das povíncias; arrolava, assim, no seu ideário político, uma idéa de forte poder emotivo e de intensa capacidade de irradiação.

Tudo isso explica como na Constituinte republicana não poderia haver, como efetivamente não houve, receptividade para as cláusulas limitativas da autonomia dos Estados, inclusive a que lhes cerceava a ampla competência de organizar os seus municípios; cerceamento que se teria traduzido na consagração constitucional de regras específicas, em lugar da disposição genérica sobre autonomia municipal, corporificada no art. 68 da Constituição de 1891.

O Município, em face da primeira Constituição republicana, não é titular do poder de auto-organização; embora seja uma personalidade jurídica autônoma, é, não obstante, uma parte da organização do Estado.

A autonomia, que a Constituição de 1891 assegurou ao Município, não tem expressão política, visto como lhe falta o poder constituinte; em verdade, os congressos estaduais são o corpo legislativo ordinário do Estado, mas relativamente aos municípios desempenham funções de constituinte (Castro Nunes — op. cit. — pág. 137).

A autonomia do município não exprime hoje senão um conceito puramente administrativo; e em termos administrativos é que ela tem sido concebida nos julgados da Suprema Corte judiciária do país (Levi Carneiro — “Problemas Municipais” — ed. 1931 — p. 27; Castro Nunes — op. cit. — págs. 107, 123, 124 e ns. 85 e 86, nota 6; Francisco Campos — “Antecipações à Reforma Política” — ed. 1940 — p. 111 e 132).

De outra parte, as Câmaras municipais são corpos administrativos, cujos atos ou deliberações constituem exercício de uma função meramente regulamentar; por isso, elas não possuem poder legislativo, mas regulamentar, nem poder judiciário, e o princípio da separação dos poderes não tem aplicação na órbita comunal (Castro Nunes — op. cit. — p. 55 e 154, nota 2 e ns. 79 e 80).

5 — As linhas fundamentais dessa solução constitucional continuaram inalteradas nas Leis Magnas de 1934 e 1946; apenas a cláusula genérica da autonomia do município, circunscrita ao peculiar interesse, transformou-se em conjunto de regras específicas sobre a eletividade dos órgãos municipais e a administração própria.

Tanto na Lei Magna de 1934, como na de 1946, a autonomia municipal se eleva à categoria de princípio constitucional explícito, cuja observância é imposta ao Estado federado sob sanção de intervenção federal (Constituição 1934 — art. 12, V, combinado com o art. 7.º, I, d; Constituição de 1946 — art. 7.º, VII, e; idem na reforma de 1926, quanto à Const. Federal de 1891 — art. 6.º, II, f).

No art. 28, da Constituição de 1946, o legislador constituinte fixou as bases mínimas, sem as quais não existirá autonomia municipal. São condições existenciais do município, as quais o legisla-

dor estadual respeitará obrigatoriamente, quando organizar, administrativamente, as suas comunas.

É um progresso marcante sobre o sistema da Constituição de 1891, onde aos Estados se concedia ampla discricção no modelar o regime das suas municipalidades; a definição da autonomia municipal, do seu peculiar interesse, dependia inteiramente do legislador estadual, que, nessa faina, se podia deixar orientar por critérios históricos, de conveniência ou oportunidade, e por outras circunstâncias, ampliando ou restringindo a esfera de atividade própria da comuna (Castro Nunes — op. cit. — ns. 67 e 77; Francisco Campos — op. cit. — p. 64).

Das disposições sobre o Município não seria lícito dizer, pelo só fato de figurarem no Estatuto Federal, que envolvem um poder delegado à União, porque esta não o exercita, visto que aos Estados deixou a organização das comunas. Mas são inegavelmente uma restrição ao poder estadual, uma “limitação explícita”; e como tal não podem ser entendidas senão restritamente, e nunca ampliadas pela interpretação (Castro Nunes — op. cit. — págs. 91 e 92, ns. 71 e 72).

Mostra a história que, por constar na Constituição de 1891 tão somente uma cláusula genérica sobre a autonomia municipal, os Estados, fortes na discricção que se lhes concedeu nessa matéria, usaram muitas vezes dessa liberdade para dar àquela autonomia o alcance mais restrito possível e transformar as comunas em meras dependências burocráticas do poder executivo estadual: a prática dos prefeitos nomeados pelos Governadores é uma eloquente ilustração dessa assertiva.

A experiência e o bom senso ensinaram aos constituintes de 1934 e 1946 a conveniência de ser autonomia municipal objeto de uma regulamentação específica, posto de lado, por ineficácia comprovada, o sistema das enunciações ou cláusulas meramente genéricas.

A Lei Magna de 1946, seguindo a trilha da de 1934, com incorporar em seu texto disposições específicas sobre a autonomia municipal, cobriu a esta com o manto de uma “garantia institucional” — na linguagem do eminente constitucionalista Carl Schmitt; pela garantia institucional, que é um meio especial de proteção na Constituição, resguarda-se o que quer que seja contra a sua supressão por via legislativa ordinária (Carl Schmitt — “Teoria de la Constitución” — ed. 1934 — Madrid — págs. 197 e 209 a 211).

Por conseguinte, a Constituição de 1946 fixou as condições existenciais mínimas do município. Regulamentando a autonomia municipal com o caráter de uma “garantia institucional”, protegeu-a contra qualquer atentado fatal partido do poder legislativo estadual.

6 — Antes de prosseguir no desenvolvimento do presente estudo, impende se exponha, em seus traços fundamentais, o conjunto de regras, que, na Argentina, disciplina o regime municipal.

Preceitua a Constituição argentina de 1853:

“Art. 5 — Cada Província confederada ditará para si uma Constituição sob o seu sistema representativo republicano, de acordo com os princípios, declarações e garantias da Constituição Nacional; e que assegure sua administração de justiça, *seu regime municipal* e a educação primária.

Sob estas condições, o Governo Federal garante a cada Província o gozo e o exercício de suas instituições.”

A Lei Magna da república vizinha confere às Províncias a competência de organizar os municípios; as municipalidades estão desprovidas de poder constituinte e gozam da competência de direito público que lhes fôr proporcionada pelas Províncias. A sua autonomia não tem sentido político e foi concedida tão somente para a gestão administrativa. Sentenciou a Suprema Corte que as municipalidades não passam de delegações dos poderes provinciais, circunscritas a fins e limites administrativos, que a Constituição previu como entidades do regime provincial e sujeitas à sua legislação. As faculdades gerais das municipalidades, ao contrário das que dizem com a Nação e as Províncias, não foram enumeradas constitucionalmente.

Cabendo às Províncias a organização do regime municipal, elas ditaram leis orgânicas das municipalidades, nas quais se determinam a forma de governo municipal, assim como as atribuições de ordem política e financeira, etc.

(Alcides Greca — “Derecho y Ciencia de la Administracion Municipal” — 2. ed. — t. II — p. 74; Rafael Bielsa — “Princípios de Derecho Administrativo” — ed. 1942 — p. 515; idem — “Derecho Administrativo” — 39 ed. — t. II — n. 551; idem — “Princípios de regime municipal” — ed. 1940 — p. 19; idem — “El problema de la descentralización administrativa” — ed. 1935 — n. 9; Clodomiro Zavalía — “Tratado de derecho municipal” — ed. 1941 — cap. III).

Os conselhos municipais, que são órgãos deliberativos, não constituem um equivalente, em “strictu sensu”, do poder legislativo estadual, como se crê correntemente. As chamadas *leis locais* não são verdadeiras leis formais, mas regulamentos ou ordenanças, emanados, em princípio, de poderes delegados do governo provincial. Naturalmente, a delegação de poderes refere-se tão somente a atri-

buições de ordem administrativa, porquanto, em princípio, nenhum poder político é passível de delegação. Nem seria constitucional delegar poder político ao município. Quando se diz que o município é delegação de legislatura, isto significa que êle resulta de *criação legal*; delegação para fins de administração local; delegação de função executiva, administrativa. Os atos, que resultam do exercício de poderes delegados ou em virtude de faculdades próprias de autonomia administrativa municipal, são atos administrativos; quando contêm normas gerais, assumem a figura de autênticos regulamentos. As municipalidades não ditam leis formais, que estas são prerrogativa do poder legislativo, senão leis substanciais ou materiais, como soi acontecer com os órgãos mais eminentes do poder administrativo (Alcides Greca — op. cit. — vol. cit. — cap. V; Rafael Bielsa — “Princípios de reg. municipal” — p. 118, nota 20; idem — “El problema...” — págs. 42, 60 e 63).

Atentas essas linhas básicas do regime municipal argentino, pôde o eminente professor Rafael Bielsa asseverar que as comunas não são autônomas, senão autárquicas, e êsse caráter resulta de sua personalidade jurídica de direito público, do fim da sua instituição, da criação diretamente legal, do contrôle, por atenuado que seja, que exerce sôbre elas o poder provincial (Princípios de regimen municipal” — p. 19; “El problema...” — p. 37).

O sistema, que a Constituição argentina modelou para o seu regime municipal, coincide com o que foi consagrado no Brasil, desde a Constituição republicana de 1891. Os princípios que apreçoam os seus autores, assim como a doutrina consagrada nos julgados, servem de valioso subsídio para caracterizar a natureza jurídica do município brasileiro.

7 — Há pronunciamento recente do Supremo Tribunal Federal, dando o seu plácito a todos os princípios, até agora expostos, sôbre a natureza jurídica do município brasileiro.

Tratava-se, na espécie, de um vereador, de município do Paraná, denunciado por crime comum. O juiz recebeu a denúncia. O acusado impetrou ordem de habeas-corpus, para que se declarasse nulo o processo contra êle intentado, desde a denúncia, por falta de prévia licença da respetiva Câmara de vereadores. A Constituição do Estado proporcionava aos vereadores o gozo de imunidades.

O Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão denegatória do habeas-corpus, proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, invocando, em síntese, as seguintes razões:

— “As Assembléias Estaduais são o poder legislativo do Estado. As Câmaras municipais também legislam, mas nem por isso exercem poder legislativo. Vem a propósito a conhecida distinção entre leis formais e leis materiais. Materialmente, tôdas as delibe-

rações, tomadas por disposição geral e que tenham força coativa, são leis. Entram assim na qualificação de leis materiais até os regulamentos e seus desenvolvimentos secundários, as portarias e as instruções.

É dêsse ponto de vista que se pode dizer que os municípios legislam, o que apenas significa que exercem funções legislativas ou paralegislativas.

Lei, na exposição doutrinária da matéria, é sômente a que emana dos Paramentos, titulares que são do poder legislativo. É êsse o conceito orgânico ou formal. Aos olhos da Constituição é por êsse critério que se há-de medir o poder legisferante na órbita federal e, por compreensão, na estadual.

O Município, portanto, não tem poder legislativo, mas exerce funções de legislação material; não é titular de função legislativa formal, mas tão sômente de poder regulamentar, função administrativa.

A imunidade é privilégio inerente ao poder legislativo, federal e estadual, e não pode ser estendido senão aonde existe poder legislativo e com base segura na Constituição Federal.

Em parte alguma se concedem imunidades parlamentares aos legisladores municipais. A extensão da imunidade esgota-se na órbita estadual, não alcança a órbita municipal.

Traduzindo o que está na Constituição, o que se pode dizer é que o Executivo e o Judiciário estão limitados na sua ação pelas imunidades de que gozam os membros do Legislativo estadual. Não podem estar limitados pelas Câmaras municipais; nem pode estar na vontade do Estado, mesmo em função constituinte, estabelecer tal limitação.

Diz-se que as Câmaras municipais são corporações políticas; são, no sentido amplo. As Câmaras são assembléias representativas como as Câmaras federais e as Assembléias estaduais.

Não são políticas, em sentido próprio, restrito; a autonomia municipal não possui caráter político no mesmo plano político dos Estados e da União. Estes é que são as entidades propriamente políticas do regime, dotadas do poder de comando, do poder constituinte, do poder político em esfera mais ampla do que o conferido às municipalidades.

As disposições constitucionais municipalistas, de 1934 para cá, terão obedecido ao pensamento de estimular a vida local nessas circunscrições periféricas e remediar a penúria financeira em que alguns Estados deixavam as municipalidades, praticamente sem meios para o desenvolvimento de suas atribuições, ficando assim comprometida a autonomia pressuposta na Carta Federal.

A idéia municipal evoluiu no sentido de estimular a vida local. É uma descentralização de caráter administrativo e não político” (Supremo Tribunal Federal — ses. plenária — acórdão de 20-4-48 — recurso de h. corpus n.º 30256 — in “Arquivo Judiciário”, vol. 87, pág. 7-22).

Essa distinção qualitativa, e não meramente quantitativa, entre o Estado, órgão eminentemente político, e o Município, entidade descentralizada administrativamente, obteve a chancela do legislador constituinte estadual que, numa linguagem técnica impecável, discerniu no Legislativo, Executivo e Judiciário, os poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, e, de outro lado, capitulou o Prefeito e a Câmara Municipal de órgãos da administração municipal (Constituição do Estado — arts. 4 e 142).

8 — É falsa, de outra parte, a tese aceita por um vasto círculo de pessoas, segundo a qual o Município goza, no concerto das relações estaduais, da mesma situação que o Estado perante a União.

O Brasil é uma república federativa e é pressuposto básico da Federação que aos Estados federados pertençam todos os poderes; a União torna-se titular tão somente dos poderes que as unidades federadas lhe delegam, ao passo que competem aos Estados todos os demais que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados pela Constituição (Constituição Federal — art. 18, § 1.º; Constituição argentina de 1853 — art. 104; Constituição americana — emenda 10.^a).

Logicamente, a Federação admite somente duas ordens de poderes: os federais e os estaduais; não há espaço para admitir uma terceira entidade, como titular de poderes, porque não os há remanescentes daquela partilha de poderes que exaure os existentes na órbita federativa.

Não é inerente ao federalismo a descentralização administrativa por via da autonomia municipal, senão a descentralização política, da qual decorre a formação de dois círculos concêntricos de poderes: o da União e dos Estados (Castro Nunes — op. cit. — pág. 82; Francisco Campos — “Antecipações...” — pág. 100 e ss.).

Por essa razão é que o Município não é alvo, na Constituição Federal, de distribuição de poderes políticos; a Lei magna o contempla tão somente com um mínimo de regras protetoras da sua autonomia administrativa.

O Estado é uma instituição de natureza federal (Constituição Federal — art. 1, § 1.º); o Brasil é uma federação de Estados e não uma federação de Municípios.

O Estado é politicamente autônomo, enquanto que o Município não passa de uma entidade descentralizada administrativamente.

O Estado participa, através do Senado, da formação da vontade federal; ao Município não está assegurada idêntica faculdade, quanto à vontade do Estado.

Vale acenar, aqui, para um trecho do magistral voto vencedor de Castro Nunes, no acórdão do Supremo Tribunal Federal, citado no n.º 7, do presente estudo; disse o ministro:

— “O município passou a figurar, a partir da Constituição de 16 de julho de 1934, no plano das relações entre a União e as entidades inferiores do regime.

Hoje, ao contrário da Constituição de 1891, as funções deliberante e executiva estão separadas em órgãos próprios e eletivos, a Câmara e o Prefeito, sendo essa regra prescrita no texto fundamental. Vê-se assim que a Constituição Federal mudou de certo modo a posição do município no regime; com eles tratou no mesmo plano em que figuram os Estados para lhes assegurar garantias orgânicas e financeiras de autonomia, que antes não tinham, pelo menos por cláusulas expressas.

Daí resultou certa deformação do regime federativo, que supõe a vida de relação circunscrita às províncias e à União. É entre esta e aquelas que se estabelece o arranjo federativo.

Tais disposições terão obedecido ao pensamento de estimular a vida local nessas circunscrições periféricas e remediar a penúria financeira em que alguns Estados deixavam as municipalidades praticamente sem meios para o desenvolvimento de suas atribuições, ficando assim comprometida a autonomia pressuposta na Carta Federal.

A idéia municipal evoluiu no sentido de estimular a vida local. É uma descentralização de caráter administrativo e não político”.

Não se interprete êsse voto no sentido de o filiar à corrente dos que concedem ao Município uma autonomia política. O verdadeiro pensamento de Castro Nunes, apreciado o voto no seu todo, é o de que, aperfeiçoando a Constituição de 1891, as posteriores Constituições Federais tiveram em mira cercar de garantias mais precisas a autonomia municipal, substituindo regras específicas à cláusula genérica do art. 68 da primeira Lei Magna da República.

Em suma, não tem fundamento na Constituição a proporção que muitos procuram estabelecer entre o Estado e o Município, dizendo que êste está para aquêle na mesma relação em que o Estado está para a União.

9 — A organização dos municípios é assunto da exclusiva competência dos Estados, acatadas as condições existenciais mínimas que a Constituição Federal estabelece para assegurar a autonomia municipal.

É ao poder legislativo estadual que cumpre, mediante ato legislativo formal, decretar os princípios e especificar os órgãos, que regerão a existência do município; é uma competência de legislar formalmente.

De outra parte, as Câmaras municipais, no desempenho das suas atribuições normais, não são titulares de poder legislativo; exercem tão somente poder regulamentar, funções administrativas.

Os Estados que, em lugar de promulgar lei orgânica dos municípios, instituem o *regime da carta própria*, não infringem a Constituição Federal, por isso que o legislador constituinte, afora a consagração de um mínimo de regras protetoras da autonomia municipal, elevado à categoria de “garantia institucional”, não pretendeu traçar normas ao poder estadual competente.

Ainda que adote o sistema das cartas próprias, o Estado não deixa de organizar os municípios, contanto que, na lei magna estadual, prescreva as linhas gerais dentro das quais vai a comuna exercer a prerrogativa concedida (Castro Nunes — op. cit. — ns. 64 e 75).

Foi este o caminho trilhado pela Constituição do Estado que, embora adotando o regime de carta própria, contém um título com quatro capítulos, disciplinando a organização municipal; dispõe, entre outros assuntos que regula, sobre os órgãos de administração municipal e as respectivas atribuições.

A não existir a limitação do exercício do poder regulamentar do Município a uma área estreita e rigorosamente demarcada, ter-se-ia configurado autêntica delegação de atribuição privativa do poder legislativo, vedada por texto constitucional expresso, que obriga assim o constituinte estadual, como os poderes do Estado (Constituição Federal — art. 36, § 2.º combinado com os arts. 18 e 7, VII, letra b; Constituição do Estado — art. 4, § 2.º).

10 — No Rio Grande do Sul, onde a Constituição do Estado outorga às comunas a faculdade de elaborar a sua própria lei orgânica, os Municípios, com usarem aquela competência, não entram a exercer função legislativa formal, senão atribuições de regulamentação, de função legislativa material; a feitura da lei orgânica é desempenho de função executiva, administrativa em sentido amplo — é a tese que se passa a demonstrar.

A essência do poder legislativo e do poder executivo foi perquirida com proficiência e acuidade pelos norte-americanos, a propósito da questionada constitucionalidade das habilitações legislativas, operadas pelo Congresso daquele país em proveito do Poder Executivo.

Os Estados Unidos, para enfrentar as complexidades da vida moderna, vieram a empregar um método de formação do direito que,

pôsto se imponha como uma necessidade geral, não se compadece com as suas concepções tradicionais: o órgão legislativo, renunciando regulamentar por si mesmo, na sua totalidade, as questões que comportam solução a ser estabelecida por via de normas gerais, limita-se a decidir que certa matéria se disciplinará num sentido por ele determinado, para alcançar um resultado igualmente por ele fixado, e transfere ao executivo a tarefa de assegurar esses objetivos, mediante regulamentação secundária apropriada.

As habilitações ou, para se usar a expressão do direito americano, as “delegações de poder”, que o Congresso, numa lei, confere ao Executivo, apresentam duas modalidades:

1.º — A lei, formulando uma regra de conduta para uma hipótese determinada, comete ao Presidente o encargo de expedir as regras administrativas, obrigatórias para os funcionários e o público, a-fim-de fixar em detalhe a maneira como deverão executar-se as prescrições do estatuto legislativo e exercidos os direitos por ele criados.

É o caso de uma lei que decide que a importação dos chás de qualidade pura goze de isenção de impostos e encarrega o Presidente de estabelecer as regras segundo as quais se apreciará a pureza do chá — o Presidente exerce poder regulamentar propriamente dito.

2.º — A lei edita uma regra aplicável a um certo estado do fato e incumbe o Presidente de declarar, por via de proclamação, a existência desse estado de fato, do qual depende a aplicação das prescrições legais.

Por exemplo, dispõe o Reciprocity Act de 1890 que, verificando o Presidente que certos países não tratam as mercadorias americanas de acordo com as normas de uma justa reciprocidade, ele fará uma proclamação declarando esse fato e, então, as mercadorias do país indigitado, importadas pelos Estados Unidos, pagarão os impostos, fixados no Ato do Congresso; habilita-se o Presidente para verificar um fato e não para emitir uma regra. Diz a doutrina americana que esse poder é vizinho do indicado na primeira modalidade, porque a habilitação outorgada ao Presidente implica tão somente na prática de medidas destinadas a assegurar a realização efetiva de uma regra que na lei encontra completamente determinados o seu conteúdo, assim como as condições da sua aplicação. Sem dúvida, trata-se de uma delegação de poderes feita pelo Congresso ao Presidente, porque este não poderia tomar essas medidas *espontaneamente*; contudo, não se configura uma delegação de poder legislativo, pois essas medidas se contêm na missão “de assegurar a exata aplicação das leis”, que a Constituição define como uma das atribuições do Executivo.

A dificuldade surge, em termos agudos, se a tarefa confiada ao Presidente comporta o uso de faculdades de apreciação pessoal e, segundo a expressão americana, de uma "discretion" quanto ao conteúdo da regra, que ele deve formular, ou à existência da situação de fato, que condiciona a aplicação da lei.

Por exemplo, uma lei dá à Interstate Commerce Commission o poder de fixar as taxas que as companhias de estradas de ferro perceberão em certos casos, dizendo apenas que essas taxas deverão ser "justas e razoáveis".

Parece, à primeira vista, que o Congresso, assim agindo, delegou ao Presidente um poder que, mais do que simplesmente executivo, é de essência legislativa. Acresce que, nos tempos modernos, se multiplicaram as leis que delegam, aos agentes administrativos, amplas faculdades de caráter discricionário. Levantou-se o clamor de publicistas, que asseveram ter sido a doutrina da separação dos poderes gravemente violada e mutilada pelas exigências do progresso social e político; é usual dizer-se que o Congresso não pode delegar os seus poderes, mas é regra atualmente que ele não os delegará somente quando não quizer. Para evitar o conflito entre a prática e o princípio de que o poder legislativo não pode delegar-se, muitos apregoam que este princípio não é regra jurídica, senão máxima política, certamente de grande autoridade, cabendo, contudo, ao Congresso postergá-la, quando a necessidade o exigir.

A mór parte da doutrina e jurisprudência da Suprema Corte recusam-se categoricamente a aceitar esses pontos de vista; proclamam que a vedação da delegação de poder legislativo é uma regra jurídica imperativa, "um princípio vital para a manutenção do sistema de governo estabelecido na Constituição"; declaram, ao mesmo tempo, que o Congresso, sem violar esse princípio, pode conferir a uma autoridade executiva o poder de tomar decisões, que completem o conteúdo da lei ou determinem, concretamente, as circunstâncias em que ela adquire eficácia, mesmo quando essas decisões dependam, em grande parte, da apreciação pessoal do seu autor.

Um dos "leading cases" em que se assentam, claramente, as bases da doutrina da Suprema Corte é o julgado *Field vs Clark* (143, U. S. 649), prolatado em 1892, quando se questionou sobre a constitucionalidade do Tariff Act, de 1.º de outubro de 190. Dispusera este, em resumo: se o Presidente se convence de que o Governo de um país produtor e exportador de artigos industriais onera os produtos dos Estados Unidos com impostos ou outros encargos, que ele (Presidente) considerar reciprocamente desiguais e imoderados atendendo à livre entrada daqueles nos Estados Unidos, poderá suspender por via de proclamação, pelo tempo que achar justo, as disposições do presente Ato relativas à livre entrada daqueles artigos e,

neste caso e durante a suspensão, eles se sujeitarão ao pagamento dos seguintes impostos...

Alegou-se que, por essa lei, o Congresso delegava inconstitucionalmente ao Presidente um poder discricionário sobre a questão de saber si e quando certas taxas seriam percebidas. A Corte Suprema, pelo contrário, declarou não constituir essa cláusula uma delegação de poder legislativo, posto incumbisse à opinião pessoal do Presidente a tarefa de averiguar a existência da situação de fato, de que dependia a aplicação de certas prescrições do Tariff Act. "Esta cláusula — decide o aresto — não confere ao Presidente o poder de legislar ... o Congresso determina previamente os impostos, que incidirão sobre os produtos de certos países; à decisão do Presidente não se deixa nada que respeite à conveniência da aplicação dessa legislação. As palavras "que ele considerar" significam que o Presidente examinará as regulamentações comerciais dos outros países produtores desses artigos, emitindo juízo para saber se eles são, ou não, reciprocamente iguais e razoáveis nos seus efeitos sobre as mercadorias. Verificando serem desiguais e imoderados os impostos que recaem sobre os produtos americanos, é de seu dever lançar uma proclamação para pronunciar, quanto a esse país, a suspensão que o Congresso estabeleceu".

De outra feita, em 1904, no caso *Buttfield vs. Stranaham* (192, U.S. 470), a Suprema Corte declarou a validade da disposição pela qual o Congresso cometia ao Secretário do Tesouro a atribuição de fixar, em face de laudo pericial, as características de pureza e conveniência, para o consumo, dos chás, a serem introduzidos nos Estados Unidos, interditando a entrada dos que não correspondessem a esses padrões. Disseram os juizes: "Consideramos que a lei, corretamente interpretada, exprime o desiderato de banir os chás de qualidade inferior, seja porque se demonstrou serem de qualidade inferior ou impróprios para o consumo, seja porque isto foi presumido, em razão da sua qualidade inferior. Fixado um critério básico (primary standar), ao secretário se conferia o dever, puramente executivo, de tornar efetiva a regra legislativa consagrada no estatuto."

Nenhuma vez se infirmaram as habilitações dadas pelo Congresso à autoridade executiva; a sua regularidade foi sempre reconhecida, simplesmente capitulando-se de executivo, e não legislativo, o poder delegado; pôde, dest'arte, a Suprema Corte assegurar a flexibilidade da Constituição, sem ferir o princípio de que o poder legislativo não é passível de delegação.

Sistematizando-se essa jurisprudência, vislumbra-se uma distinção entre "discrição administrativa" e "discrição legislativa" (administrative discretion and legislative discretion). Na execução das leis, a administração é chamada, freqüentes vêzes, a tomar medidas, que

comportam uma “discrição”, isto é, uma apreciação pessoal das situações existentes ou uma escolha entre várias formas de proceder. Por mais lata que seja a margem de apreciação discricionária, ela não tem a virtude de libertar a administração de todo e qualquer vínculo, porque só se manifesta nos domínios indicados pela lei e não se exerce senão nos limites e na direção, que lhe são impostos legalmente. Ela é, portanto, de essência executiva; trata-se, para a administração, de assegurar a execução efetiva da vontade manifestada pelo legislador, em determinada matéria.

Muito pelo contrário, a “legislative discretion” define-se por uma autonomia completa que lhe permite, não só apanhar uma questão, qualquer que ela seja, como também tratá-la desvinculada de toda prescrição anterior, determinando, de maneira livre e inicial, a “política” a ser seguida nessa matéria. É essa liberdade completa e incondicionada de abordar uma questão e de fixar-lhe os dados primeiros, as “premissas”, que constitui a essência do poder legislativo conferido ao Congresso pela Constituição; é essa atribuição que não pode ser delegada.

Para realização da “política”, da “regra de conduta”, decretada pela lei, pode esta atribuir à administração um poder, que enfeixe faculdades de apreciação pessoal, contanto que elas se exerçam sobre “dados subordinados”, concretizando a função de assegurar a execução das leis. Ao Congresso tão somente pertence o poder legislativo; mas o exercício deste poder pode resumir-se na fixação dos direitos e deveres primários de uma regulamentação, deixando margem para os funcionários executivos regulamentarem os detalhes. Embora ao Congresso assista a competência de debuxar os detalhes, que julgar oportunos, ele pode, agindo corretamente e satisfazendo completamente a sua responsabilidade constitucional, prescrever uma política (policy) geral e definir a discrição subordinada, deferida ao executivo.

Veda-se ao Congresso delegar poder discricionário relativo aos dados primeiros (full discretion in the premises), ao passo que se lhe faculta delegar poder discricionário quanto aos dados subordinados (discretion as to subordinate premises).

A fixação das fronteiras, que extremam o poder legislativo do poder executivo, é tarefa delicada e difícil. Não se estabeleceram, até hoje, com êxito, fórmulas gerais; a questão, quando sujeita à apreciação do Judiciário, tem que examinar-se caso por caso.

Na doutrina, avançaram-se dois critérios, que não passam de decorrência da idéia de que os poderes de apreciação pessoal, delegados ao executivo, não devem comportar aquela “full discretion in the premises”, própria do poder legislativo:

1.º — A delegação consentida tem que referir-se a objeto preciso e determinado. Assim, seria inconstitucional o estatuto que conferisse ao Presidente o poder de regulamentar os serviços ferroviários interestaduais; é legítimo o que lhe comete a atribuição de fixar, em termos razoáveis, o mínimo e o máximo das tarifas ferroviárias. Reside a diferença entre um e outro na quantidade de poder discricionário, ilimitada no primeiro, precisa e determinada no segundo estatuto.

2.º — A lei conterá certos “standards”, mais ou menos definidos, para guiar o executivo quando, exercendo o seu poder discricionário, confeccionar os regulamentos.

Esses critérios, embora abstratos, têm sido adotados pelo legislador norteamericano, como por exemplo: “um tratamento reciprocamente desigual e imoderado”, “a pureza e a propriedade de consumo de um produto”, “o caráter instrutivo, moral, recreativo ou inofensivo” de filmes cinematográficos, “o caráter razoável” das tarifas; em última análise, o fim visado pelo legislador, indicado expressa ou implicitamente, sujeita a administração, nas medidas que toma para aplicar a lei, ainda que dependentes de apreciação pessoal, a uma limitação suficiente para impedir que se vislumbre, no caso, uma delegação do poder legislativo.

Contra a lei que autorizava a exibição de filmes “instrutivos”, condicionando a existência desta qualidade ao juízo de uma comissão, invocou-se o argumento de que o legislador tinha o dever de definir, mais concretamente, termo tão genérico. Respondeu a Suprema Corte (Manual Film Co vs. Industrial Commission of Ohio, 736, U. S. 230): “A objeção, dirigida contra a lei, diz que ela não administra nenhum standard do que é instrutivo, moral, agradável ou inofensivo, e que, desta forma, ela favorece decisão ditada pelo arbítrio, pela fantasia ou pelo capricho, ou, fora desses extremos, que ela incrementa a variação das opiniões, emitidas a propósito do efeito suscetível de ser produzido pelos filmes, que ela permite entrar em jogo “a equação pessoal”, chegando a interditar injustamente certos filmes de propaganda, enquanto que outros serão aprovados sem discussão. Contudo, não prospera a objeção, de vez que as disposições da lei previnem juízos tão variados e os seus termos, assim como os outros termos gerais, adquirem contornos precisos pela influência do senso comum e da experiência dos homens, tornando-se guias certos e úteis para o raciocínio e a conduta”.

Estatui a Constituição dos Estados Unidos, no artigo 1.º, que todos os poderes legislativos conferidos por ela são atribuídos ao Congresso. Disposição essencial que declara ser necessária a intervenção do Congresso toda vez que uma lei tenha de ser elaborada; surge daí a relevância de uma noção de lei e de poder legislativo.

A prática constante a que, desde os primeiros dias de sua vigência, deu origem a aplicação da Constituição e a jurisprudência

invariável da Suprema Corte estabelecem decisivamente que a essência do poder legislativo, tal como o concebeu a Lei Magna, não consiste na formulação de normas gerais e abstratas, ou pelo menos, que esta característica não lhe exprime toda a realidade. Também o Presidente da República, no exercício do poder regulamentar, que a Constituição lhe assegura, emana prescrições gerais, sem que se lhe increpe ter com isso usurpado atribuições privativas do Legislativo.

Em que consiste, pois, a essência do poder legislativo, se ele se não define pela virtude de estatuir por via de disposições gerais? Dos princípios assentados pela jurisprudência americana se deduz que o traço que diferencia o poder legislativo das outras formas de atividade estatal está no poder de decidir com inteira liberdade, sob reserva das limitações estabelecidas no Estatuto básico da Nação; um poder de apanhar qualquer questão, emitindo sobre ela decisões inteiramente autônomas; de delinear a-respeito-da questão, que ele julgar oportuno, a “política nacional”; em uma palavra, de estatuir com essa “legislative discretion”, ou “full discretion in the premises”, que a Suprema Corte declara não pertencer senão ao Congresso e que este não pode transferir a nenhuma outra autoridade, sob pena de incidir na proibição de delegar “poder legislativo”. Se uma prescrição se considera emanação do poder legislativo, isso não se deve à matéria de que ela se ocupa, nem a sua generalidade, mas tão somente à liberdade com que o seu conteúdo é fixado: liberdade manifestada na circunstância de ser essa prescrição obra de uma vontade que, nos assuntos de que trata, age de forma primária, originária, sem ser condicionada, limitada, dirigida, canalizada por outra vontade superior.

O poder regulamentar, por sua vez, consiste também na atribuição de expedir prescrições gerais; comportará no seu titular amplas faculdades de apreciação pessoal. Contudo, — e aqui está a diferença irreduzível que o distingue do poder legislativo, — porque se exerce somente sobre as matérias legalmente indicadas, e não as trata senão dentro dos limites traçados pela lei, ele não põe em jogo aquelas faculdades de vontade inicial e livre, que singularizam o poder legislativo. É um poder de essência executiva, um poder que assegura a realização e a concretização de uma vontade anteriormente emitida, quanto à matéria de que ele posteriormente se ocupa.

Na França, um eminente constitucionalista, Carré de Malberg, professor da Universidade de Strasbourg, versou a questão da distinção entre o poder legislativo e poder executivo, em duas obras notáveis: “Contribution à la théorie générale de l’Etat” e na monografia — “La loi, expression de la volonté générale”.

Com rara penetração e magistral autoridade desenvolveu a tese de que, no sistema consagrado pela Constituição de 1875, a noção de poder legislativo não se pode elaborar de um ponto de vista ma-

terial, como o poder ao qual incumbisse a tarefa de expedir regras gerais. Muito pelo contrário, as suas qualidades específicas consistem em ser ele um poder inicial, que se movimenta pela espontaneidade do seu titular e disciplina as matérias do seu agrado; poder inteiramente livre, que emitirá, sobre qualquer matéria que seja, as normas que lhe aprouverem, sem que, para a fixação do seu conteúdo, haja limitação, influência ou orientação de qualquer outra autoridade. São essas características de poder inicial, primário, plenamente independente e incondicionado, que são verdadeiramente fundamentais no poder legislativo, atribuído e reservado ao Parlamento pela Constituição.

Já o poder regulamentar do Presidente francês intervém tão somente para “executar a lei”; portanto, após a lei e subordinado a ela, na área e nos limites, que ela traçou; poder de essência executiva, subalterno, e que, por conseguinte, se opõe ao poder legislativo por uma diferença de natureza, e não só de grau ou objeto (Carré de Malberg — “La loi...” — ed. 1931, pgs. 29 e ss.).

Sublinhem-se as concordâncias que existem entre essa definição de poder legislativo na Constituição francesa de 1875 e as conclusões a que chegou o direito americano sobre o conteúdo dessa noção na Constituição dos Estados Unidos. Sem dúvida, nessa confluência de dois direitos tão distantes, poder-se-á buscar um apoio para a tese segundo a qual, num grande número de Constituições positivas, a noção de poder legislativo não corresponde a um dado de ordem material, mas formal, e se religa, se não à qualidade jurídica, pelo menos à posição política do órgão ao qual esse poder foi conferido e reservado pela Constituição (os dados para a confecção deste item 10.º foram extraídos das seguintes obras: James Hart — “The Ordinance Making, Powers of the President of the United States” — Baltimore — 1925; Julien Laferrière, professor da Faculdade de Direito de Paris — “Le pouvoir réglementaire du Président des États.” — Unis d’Amérique” — Mélanges R. Carré de Malberg — ed. Sirey, 1933; Carré de Malberg “La loi, expression de la volonté générale” — ed. 1931).

Assentados esses princípios, atinentes à definição do poder legislativo e do poder executivo, pode-se dar um passo adiante, no desenvolvimento do tema focado neste estudo.

No item 9.º, está escrito que é ao poder legislativo estadual que cumpre, mediante ato legislativo formal, decretar os princípios e especificar os órgãos, que regerão a existência do município; é uma competência de legislar formalmente.

Essa competência é inalienável, intransferível. A nenhuma Constituição estadual ou lei ordinária do Estado seria lícito passar para o município, em termos amplos e genéricos, a atribuição de organi-

zar-se; inconstitucional a delegação, que o Estado fizesse à Comuna, de estabelecer os seus órgãos e a competência de cada um. Configurar-se-ia autêntica delegação de atribuição privativa do poder legislativo, vedada por texto constitucional expresso, que obriga assim o constituinte estadual, como os poderes do Estado (Constituição Federal — art. 36, § 2.º combinado com os arts. 18 e 7, VII, letra b; Constituição do Estado — art. 4.º, § 2.º).

Não foi esta, aliás, a técnica adotada pela Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que, nesta parte, elaborada por mãos hábeis e seguras, não incide na pecha de inconstitucionalidade. Muito embora seja crença generalizada que o Município gaúcho goze da faculdade de elaborar a sua própria Lei Orgânica — essa crença tem que ser entendida em termos.

Na Lei Magna do Estado, há dedicado à “organização municipal” todo um título (III), desdobrado em quatro capítulos, que tratam, respectivamente, dos municípios, sua criação, autonomia e órgãos administrativos; das câmaras municipais, sua composição e atribuições; dos prefeitos, sua elegibilidade e competência; das leis e atos municipais. O legislador constituinte estadual cristalizou, no texto da lei básica, todos os traços essenciais da organização municipal; ao Município não resta senão transladar, para a Lei Orgânica, essa organização pré-estabelecida, cabendo-lhe tão somente agir com autonomia na fixação dos seus detalhes.

O poder legislativo constituinte do Estado, como a organização municipal tem que ser objeto de ato legislativo formal, fez o que devia fazer; pôs em jogo aquelas faculdades, que constituem a essência do poder legislativo e que consistem, no caso, em emitir, sobre a organização municipal e sob reserva das limitações estabelecidas na Constituição Federal, decisões inteiramente autônomas; em abordar a questão municipal livre, incondicionadamente, e fixar-lhe os dados primeiros, as premissas obrigatórias. E’ o exercício da “full discretion in the premises”, que a Suprema Corte estadunidense indica como principal atributo do poder legislativo.

Para conteúdo da Lei Orgânica municipal sobrou um campo muito restrito; ao elaborá-la o Município somente se ocupará de matéria previamente indicada na Constituição estadual e não a tratará senão dentro dos limites ali traçados — é o exercício de um poder de essência executiva, que não põe em jogo as faculdades de vontade inicial e livre, que singularizam o poder legislativo, mas assegura tão somente a realização e concretização de uma vontade anteriormente manifestada, quanto à matéria de que êle posteriormente se ocupa.

Debuxando, na Constituição, os traços capitais da organização municipal, o Estado ditou, em primeira mão, a sua política municipalista; em suma, estatuiu com essa discrição legislativa, ou essa

discrição plena no estabelecimento das premissas — faculdade que não pertence senão ao poder legislativo estadual e que êste não pode transferir a nenhuma outra autoridade, sob pena de incidir na proibição de delegar suas atribuições.

11 — Com elaborar, no sistema riograndense, a sua Lei Orgânica, o Município exerce um poder de essência executiva, um poder regulamentar. Esta competência ela não a possui por direito próprio, originariamente, espontaneamente; é uma competência que o Estado outorga ao Município.

Na ordem constitucional brasileira, a organização do Município é matéria do interesse local dos Estados; não passa o Município de um processo de descentralização administrativa das unidades federadas, que o empregam sujeitando-se a respeitar o padrão mínimo de autonomia municipal, inscrito na Constituição Federal.

A competência estadual abrange a organização municipal no seu todo, assim a determinação dos princípios básicos como o estabelecimento dos detalhes. Contudo, no sistema riograndense, o Estado delinea tão somente as linhas mestras da política municipal, reservando ao Município, através da elaboração da Lei Orgânica, a fixação dos detalhes, a *execução* da política municipalista, o desenvolvimento das premissas consagradas.

Discutem os mestres sobre a qualificação jurídica do expediente, mediante o qual o Estado outorga ao Município parte da competência, que a êle cabia, de exaurir a regulação da ordem municipal; é corrente definí-lo como uma delegação. Contudo, não se trata de delegação, *senão de transferência de competência*, não se olvidando que o exercício, pelo Município, das faculdades contidas na competência transferida, não configura atribuição de poder legislativo, senão de poder executivo, regulamentar.

Define-se a delegação administrativa um processo mediante o qual se assegura a continuidade da administração, nos casos em que ela está ameaçada por qualquer causa, que atinge a pessoa do funcionário, como as suas ausências, a absorpção por outras tarefas públicas, a demora na posse das funções, a morte, etc.

O caráter essencial da delegação administrativa está na condição de *mandato individual, temporário e revogável* ao nuto do funcionário delegante.

Não se deve confundí-la com o ato pelo qual o legislador, visando a descentralização, transfere funções dos órgãos centrais para órgãos locais; a função atribuída, em virtude de descentralização, tem caracteres de *certeza e estabilidade*, extranhos à delegação administrativa. Ao demais, usa-se, inexatamente, a palavra “delegação” para designar não só uma nova organização administrativa, ou a execução de uma política de descentralização, como também no sentido

de atribuição de competência. Assim, diz-se que a lei delega a tal ou qual órgão agir ou prover a-respeito-de certa matéria, para indicar que a lei atribui a êsse órgão uma determinada competência; chamam-se órgãos delegados aos órgãos votados por lei ao exercício de uma função. Tôdas essas qualificações não são rigorosamente científicas, porque a atribuição de competência, nos casos assinalados, adquire traços de fixidez e permanência, que se não coadunam com a natureza da delegação administrativa, essencialmente passageira, provisória e revogável *ad nutum*; de outra parte, a delegação provém de ato individual e concreto, que se põe em antítese com a norma abstrata e obrigatória, mercê da qual o Estado organiza a administração, realiza uma descentralização ou atribui uma competência. Na delegação, o titular de uma competência outorga a outrém tão somente o *exercício* das faculdades nela contidas, podendo avocá-lo quando quiser; ao passo que se dá transferência de competência, quando o agente perde definitivamente a sua titularidade, em favor de outro órgão, que terá assim ampliada a sua esfera de ação (Domenico Caruso Inghilleri — “La funzione amministrativa indiretta” — ed. 1909 — Milano — ns. 4, 20, 23 e 25; Egídio Tosato, professor da Universidade de Padova — “Le leggi di delegazione” — ed. 1931 — Padova — pgs. 45 a 50).

Em síntese, com outorgar ao Município a faculdade de elaborar a sua própria Lei Orgânica, o Estado não delegou função legislativa, nem administrativa; *transferiu competência ao Município*, o qual, usando as faculdades nela contidas, não exercerá senão atribuições de caráter executivo, regulamentar.

12 — Rafael Bielsa, o eminente catedrático de direito administrativo da Universidade de Buenos Aires, conceitua as comunas argentinas, não como corpos autônomos, senão como entidades autárquicas; afirma que êsse caráter resulta: 1.º — de sua personalidade jurídica de direito público; 2.º — do fim da sua instituição; 3.º — da criação diretamente legal; 4.º — do controle, por atenuado que seja, que exerce o poder central, isto é, o govêrno provincial sôbre as municipalidades (“Princípios de regimen municipal” — 2.ª ed. — 1940 — p. 19).

A idéia de autarquia administrativa cabe como uma luva, para explicar a natureza jurídica do município brasileiro; êle não possui autonomia política, mas tão somente a administrativa. O regime municipal não passa de processo que o Estado emprega para descentralizar a sua administração; descentralização administrativa e autarquia administrativa são conceitos que exprimem a mesma realidade, isto é, a capacidade para administrar os seus próprios interesses.

Em suma, a autarquia, no município, revela-se pelos seguintes traços distintivos: a faculdade de administração própria; a personificação ou competência de direito público (Cód. Civil — art. 14, III), que consiste no império ou na faculdade de tomar deliberações obrigatórias ou de expedir regras à atividade ou à conduta individual (poder regulamentar do Município); a afetação legal de rendas de direito público.

Quanto ao mais, o Estado quando cria o município orienta-se pelo princípio de que a autonomia, a ser concedida ao novo organismo, consiste na substituição do sistema da *fiscalização hierárquica permanente e ilimitada*, que singulariza a centralização administrativa, pelo do *contrôle legalmente limitado* de um poder superior. Os poderes da tutela administrativa, financeira, ou de qualquer natureza, quer do executivo, quer do legislativo do Estado, não se presumirão. Os atos do Município, porque se trata de um organismo autárquico, só estão sujeitos à tutela nos termos expressamente fixados na lei, isto é, apenas os atos que a lei dispuser, pela forma e para os efeitos nela estabelecidos e pelos órgãos aí designados.

O controle do Estado sôbre o Município, no Brasil, e da Província sôbre a Comuna, na Argentina, é admitido sem discrepância, porque, embora incompatível com a autonomia política, não contraria a autarquia ou autonomia administrativa (Castro Nunes — op. cit. — Parte III — Cap. VI; Rafael Bielsa — “El problema...” — Cap. III; Francisco Campos — “Antecipações...” — págs. 138 a 146).

Entre os controles reconhecidos e consagrados, no Brasil, há o que exerce *ex-officio* o poder legislativo ou executivo estaduais, com o objetivo de restabelecer, em casos restritos, o império da Constituição e das leis, quer do Estado, quer da União, em todo o território da unidade federada; a atribuição política, pertinente aos corpos legislativos, de anular as deliberações municipais contrárias à Constituição e às leis toma a inconstitucionalidade ou ilegalidade *em tese* (Castro Nunes — op. cit. — n.º 126).

Na Argentina, embora não exista tal espécie de controle, mestre do porte de Rafael Bielsa advoga a sua instauração, argumentando que o poder regulamentar do município tem de exercer-se nos limites da lei; que os regulamentos de polícia, que contêm restrições à liberdade pessoal e aos direitos individuais, poderiam ser suscetíveis de um controle ou revisão legal, deferido ao Poder central, porque esta revisão se harmonizaria, não com a autonomia, mas com a autarquia (“El problema...” — p. 70).

No Rio Grande do Sul, a Constituição do Estado, conferindo, no inc. XVIII, do art. 46, à Assembléia Legislativa a competência exclusiva de rever as leis orgânicas municipais, a-fim de expurgá-las

de disposições contrárias à legislação federal ou estadual, estabeleceu um controle sobre o Município; controle legítimo, visto como a administração local, embora autárquica, é um desmembramento da administração do Estado, e nem poderia deixar de ser — pois que a administração pública pressupõe poder público e poder público pressupõe, por sua vez, o Estado (Francisco Campos — op. cit. — págs. 136 e 144).

Precisando mais os termos da questão, deve-se examinar se a faculdade de revisão das leis orgânicas tem a feição de um controle ou consiste, sob a máscara do controle, em cerceamento ou substituição, pelo poder fiscalizador, de atividade próprias do órgão autárquico.

Conceitua-se o controle, em termos gerais, como o juízo que formula uma entidade sobre o comportamento de outra, visando estabelecer se o mesmo obedeceu às normas e princípios que o regulam. Supõe o controle:

- a) — duas entidades, uma que o exerce, como sujeito ativo, e outra, que o suporta, como sujeito passivo;
- b) — um comportamento, que constitui o objeto do controle;
- c) — uma decisão, que deve produzir efeitos jurídicos sobre o comportamento controlado (“Entidades autárquicas institucionales — Bases para una ley organica” — es. 1942, p. 18 — Coletânea de estudos publicada pela Seção de Direito Administrativo, do Instituto Argentino de Estudos Legislativos).

Todos os requisitos exigidos encontram-se na espécie focada caracterizando um verdadeiro controle.

O exercício do controle pela Assembléia Legislativa toma a Lei Orgânica Municipal *em tese* e a sua decisão tem o efeito de ou apor à Carta municipal a chancela da legalidade ou retirar-lhe a força de direito positivo em todos os pontos em que a mesma contraria a legislação federal ou estadual.

Verificada a segunda hipótese, o ato do Poder Legislativo estadual desbasta a Carta municipal de todas as disposições reputadas ilegais na revisão; qualquer dos preceitos, assim extintos, não poderá ser aplicado pelo Poder Judiciário em pleitos sujeitos à sua apreciação.

13 — No moderno Estado de Direito, instituído para respeitar a liberdade individual e assegurar os direitos fundamentais do homem, as três funções, que se divisam na organização estatal, não podem ser atribuídas a um só, mas a três poderes distintos.

E’ a concretização do postulado, que a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, enunciou lapidariamente no art. 9.º: “A divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio

conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”.

Na Constituição de 1946, reza o art. 36: “São poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, *independentes* e harmônicos entre si”.

Do ponto de vista material ou substancial, a função legislativa é a que dá origem às leis, ou aquela mediante a qual se constitui a ordenação jurídica estatal.

Consiste a função executiva na atividade, que concretiza os fins determinados nas leis.

Por função judicial se entende a que mantém e atua a ordenação jurídica, ou, em outros termos, aplica a lei ao caso concreto.

As funções assim discriminadas distribuem-se entre os poderes do Estado, que são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. E’ importante assinalar que a cada um dos poderes não caberá o monopólio da função, que lhe corresponde; cada uma das funções, na sua acepção material, é, em *princípio*, em *regra*, ou *prevalentemente*, delegada pelo povo soberano a uma determinada ordem de autoridades ou instituições (Santi Romano — “*Principii di Diritto Cotituzionale Generale*” — ed. 1946 — pág. 173; Fritz Fleiner — “*Droit Administratif Allemand*” — ed. 1932 — pág. 15; Castro Nunes — “*Teoria e Prática do Poder Judiciário*” — ed. 1943 — pág. 50; Pinto Ferreira — “*Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*” — ed. 1948 — pág. 426).

Por separação dos poderes se entende que o *grupo de autoridades investido numa das funções não pode ser, concomitantemente, titular principal de uma das outras*; ao exercício da função, de que se tornou titular principal, a autoridade poderá acrescer o de outra, quando esta serve de subsídio ou preparação daquela, ou garante a independência da autoridade — são funções atribuídas à autoridade por atração ou acessão.

Assim, na Constituição de 1946, o Legislativo desempenha função administrativa, quando o Senado aprova nomeações a serem feitas pelo Executivo (art. 63, inc. I), ou autoriza empréstimos externos das pessoas jurídicas de direito público interno (art. 63, inc. II); exerce funções judiciais, ao julgar, nos crimes de responsabilidade, os membros do Executivo e do Judiciário.

O Executivo exerce função legislativa material, ao expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis.

Ao Judiciário se atribuem funções legislativas ou executivas de natureza excepcional, para elaborar seus regimentos internos, organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei (art. 97 — Const. 1946).

14 — A cada poder do Estado se dá, na Constituição, uma determinada competência, a qual deve ser respeitada pelos demais poderes. Todo ato do Executivo tem que manter-se nos limites traçados pelo Legislativo mediante suas leis, da mesma sorte o Judiciário agirá “secundum legem”, não julgará “de legibus”, garantindo, dest’arte, da sua parte, a observância da ordenação jurídica; de outro lado, ao Executivo não se faculta invadir a esfera reservada ao Judiciário, e vice-versa.

Em síntese, cada autoridade é irrevogável no exercício das suas funções privativas, obriga-se a reconhecer os atos das outras, quando isentos de nulidade, e não pode exercer competência alheia — é este o significado da independência dos poderes (Fritz Fleiner — op. cit. — pág. 18 e 19; Pinto Ferreira — op. cit. — pág. 431; Francisco Brochado da Rocha — “Discursos Parlamentares” — pág. 55 e ss).

Um exemplo, figurado por Fritz Fleiner, é claro e persuasivo: a autoridade administrativa cassa o registro concedido a um médico, por lhe ter sido cominada, no juízo penal, a pena de decadência dos direitos civis honorários. O médico atacou a decisão perante os tribunais administrativos; intenta produzir a prova de que não cometeu o delito pelo qual foi condenado. O juiz administrativo não deve admitir esta prova, porque o julgamento penal o vincula (Fritz Fleiner — op. cit. — pág. 18, nota 6).

No Brasil, a primeira Constituição republicana aboliu o contencioso administrativo, atribuindo ao Judiciário a solução de todos os litígios — é a implantação do sistema judiciarista, em que mesmo os atos da Administração Pública estão sujeitos ao contróle de legalidade exercido pela Justiça ordinária (Pedro Lessa — “Do Poder Judiciário” — ed. 1915 — pág. 143; Seabra Fagundes “O Contróle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário” — ed. 1941 — pág. 107 e ss; Castro Nunes — “Teoria e Prática...” — Cap. 2.º da Introdução e págs. 578 e 579, n.º 18).

Com o advento da Constituição de 1946 reforçou-se o sistema judiciarista com a disposição, que ela abrigou, determinando que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (Constituição 1946 — art. 141, § 4.º).

Não significa êsse princípio que no Judiciário se acumulem todas as funções judiciais, mas que tão somente as decisões, por êle tomadas, é que possuem a virtude de produzir coisa julgada; poderá a lei confiar à Administração, por exemplo, funções judiciais, contanto que às decisões, que ela toma, não se confira o mesmo caráter, valimento e força das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Materialmente judiciais, ou judiciais por natureza, se exercidas pela Administração, continuam a ser formalmente administrativas, e,

portanto, revestidas da mesma autoridade própria aos demais atos administrativos. Êste, o alcance jurídico do princípio da separação dos poderes. (Francisco Campos — “Direito Administrativo” — ed. 1943 — pág. 13).

Nos Estados Unidos, a existência de um prodigioso mercado interno, originando problemas complexos, inculcou a necessidade de regulamentar a cobrança das tarifas de ferrovias inter-estaduais, com o fito de debelar a maré montante da fraude e da ganância. Criou-se a “Interstate Commerce Commission”, à qual se incumbiram, entre outras faculdades, a de emitir decisões finais e conclusivas sôbre os fatos.

Mais tarde, uma lei destinada a proteger a indústria e o comércio contra as restrições ilegais e os monopólios deu origem à comissão, designada pelo nome de “Federal Trade Commission”, também a esta se concedeu a competência de emanar conclusões definitivas sôbre os fatos, que averiguasse mediante produção de provas.

Contudo, a Suprema Côrte Norte Americana não admitiu nunca o princípio da imutabilidade das decisões, que as comissões administrativas proferiam sôbre matéria de fato; muito pelo contrário, ainda que a lei estabelecesse expressamente que as averiguações das comissões sôbre questões de fato possuíam valor de prova *prima facie*, ao poder judiciário se facultava submetê-las a severo exame, reapreciando todos os fatos controvertidos; com doutrinar a mais alta Côrte judiciária dos Estados Unidos que aos tribunais cabe conhecer e apreciar os fatos, declarou inconstitucionais as leis que vedam ao Poder Judiciário jurisdição sôbre matéria de fato por elas reservada exclusivamente à competência das comissões (Francisco Campos — op. cit. — págs. 3 a 29; Rodolfo Bledel — “Introduccion al estudio del derecho publico anglosajon” — ed. 1947 — B. Aires — págs. 127 a 145).

No Brasil, surgiu o mesmo fenômeno verificado nos Estados Unidos, qual seja a atribuição de função jurisdicional a órgãos administrativos, por via de legislação ordinária.

Recorde-se a história do Tribunal Marítimo Administrativo, criado pelo decreto 20829, de 21.12.31, regulamentado pelo dec. 24585, de 5.7.34; o Tribunal foi criado como órgão técnico, para elaborar perícias e laudos sôbre fatos concernentes à navegação, além de exercer funções disciplinares e de registro sôbre pessoas e coisas relacionadas com o transporte marítimo. Ficou estabelecido recurso para o Supremo Tribunal Federal de todas as decisões do Tribunal Marítimo que cominassem a pena de inaptidão para a profissão ou contrariassem a “jurisprudência interpretativa da Constituição ou das leis federais”; nos demais casos, o recurso seria interposto “junto ao próprio Tribunal, uma única vez” (dec. 20829 — art. 5.º, § 7.º).

No art. 49, do dec. 20829 foi capitulado de “recurso extraordinário” o a que se aludiu acima, quando endereçado ao Supremo Tribunal Federal. A legislação ordinária concedia o exercício de função jurisdicional a um órgão administrativo; às suas decisões dava o valor de sentença judicial, com possibilidade de alcançar o efeito de coisa julgada, e da qual caberia recurso extraordinário para o Supremo, interposto pela parte interessada.

Com o retôrno à ordem constitucional, em 1934, reatou-se a tradição republicana de concentrar a função jurisdicional nos órgãos do Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal declarou aquelas disposições legais incompatíveis com a Lei Magna implantada no país. Aos poucos foi a jurisprudência delineando os princípios, inscritos na Constituição, quer na de 1934, quer na de 1937, princípios que regem as relações entre o Poder Judiciário e os órgãos administrativos intitulados ao desempenho de funções jurisdicionais.

As decisões dos tribunais quase-judiciários, dos órgãos administrativos, não produzem coisa julgada; quer dizer que sua revisibilidade pelo Poder Judiciário constitui *ius receptum*. Nem de outro modo poderia ser no nosso sistema constitucional; o mais que se pode afirmar é que se deve às decisões daqueles órgãos o reconhecimento de certo prestígio em matéria de prova, matéria técnica. Ainda assim, esse prestígio não vai ao ponto de evitar o exame dos juizes togados, que podem, em diversos casos, reagir contra essas decisões e, até em matéria de fato, resolver contrariamente, ainda que com critério e circunspeção. A função desses tribunais quase-judiciários, como o Tribunal Marítimo Administrativo, é a dos tribunais técnicos: em favor deles milita o princípio da confiança. Assim, o exame do fato, a que eles procedem, não deve ser, com leveza, repellido pelos tribunais judiciários (Supremo Tribunal Federal — sessão plena — ap. civ. 8294 — 10.1.45 — Jurisprudência (ed. Imp. Nacional), vol. 28, pág. 175; ag. 11094 — 28.5.43 — Revista do Serviço Público, junho 1944, pág. 120; ap. 7377 — 19.8.43 — Revista Forense, vol. 98, pág. 586; idem — Rev. For., vol. 108, pág. 90; idem Jurisprudência do Supr. Trib. Fed. — Min. O. Kelly — 1942 — vol. 7.º, pág. 154).

Em razão dessa jurisprudência assentada pela mais alta Côrte de Justiça do país, o legislador corrigiu suas demasias reorganizando o Tribunal Marítimo Administrativo, pelo dec. lei 7675, de 26 de junho de 1945; dispõe este diploma legal, no seu art. 5.º: “Nas causas relativas aos acidentes da navegação definidos nesta lei, as perícias de natureza técnica são privativas do Tribunal Marítimo, cujas decisões em matéria de fato se presumem verdadeiras e sòmente quando incidirem em erro manifesto poderão ser revistas pelos órgãos do Poder Judiciário”.

De ora em diante, as decisões do Tribunal Marítimo Administrativo, em matéria de fato, não poderão, “com leveza”, para usar da expressão do Ministro Orozimbo Nonato, em voto num dos arestos acima citados, ser repelidas pelos Tribunais Judiciários, mas poderão ser revistas quando ferirem “dispositivos da lei” ou quando, em questão de provas, incidirem em “erro manifesto”.

E’ a sentença o ato típico do Poder Judiciário. Na sua gênese lógica descobrem-se uma decisão sôbre a matéria de fato, que consiste na declaração da certeza dos fatos singulares transcendentes, e uma decisão sôbre a matéria de direito, que abrange a construção e qualificação jurídica do fato específico concreto assim como a aplicação do direito ao fato (Piero Calamandrei, professor da Universidade de Florença — “Estudios sobre el processo civil” — ed. 1945 — Buenos Aires — §§ 3.º, 4.º e 5.º, do ensaio sôbre a gênese lógica da sentença civil).

A admitir-se a validade das leis que, nos Estados Unidos e no Brasil, atribuíram a órgãos administrativos competência para proferir decisões finais e conclusivas sôbre fatos, o Poder Judiciário estaria amputado de uma de suas atribuições fundamentais, qual seja a de declarar a certeza dos fatos controvertidos na causa; tal solução é inconstitucional em face dos estatutos políticos, que consagram a independência dos poderes, não como mero princípio político, senão como regra jurídica imperativa.

As vias judiciárias não esgotam tãda a função jurisdicional do Estado; é um preconceito ultrapassado definitivamente o que extrai, do princípio da separação dos poderes, a consequência de que a função seja privativa do Judiciário. Há função substancialmente jurisdicional na decisão de um recurso hierárquico, como na do contrôlo sôbre as entidades autárquicas, porquanto têm ambos de comum o exercício do chamado contrôlo de legalidade. A criação, no estado moderno, das comissões administrativas com títulos para desempenho de atribuições quase judiciais representa outro índice da difusão da jurisdição entre órgãos estranhos aos quadros judiciários.

Qualquer autoridade que decide por aplicação da norma legal invocada como fundamento do direito reclamado pratica necessariamente um ato de jurisdição, na acepção material da palavra. Ao demais, nos mesmos termos em que o possa fazer a União, isto é, sem retirar às justiças ordinárias o poder de estatuir *em definitivo* sôbre os direitos controvertidos entre a administração e os particulares, podem os Estados instituir os conselhos técnicos ou especializados que julgarem necessários à melhor execução das suas leis, com maior ou menor capacidade decisória (Castro Nunes — op. cit. — Introdução — capítulos I e II).

Em síntese, não significa o princípio da independência e harmonia dos poderes que ao Judiciário caiba, com exclusividade, o exercício da jurisdição. Embora outros órgãos, não pertencentes ao ramo judiciário dos poderes, tenham competência para exercer função jurisdicional, resguarda-se a independência do Poder Judiciário com atribuir-lhe as decisões *finais, definitivas, conclusivas*, sobre matéria de fato e de direito.

15 — A revisão das leis orgânicas municipais dá origem a um ato formalmente legislativo, que tem por conteúdo uma decisão materialmente jurisdicional seguida de uma norma jurídica material, que abroga as disposições consideradas ilegais.

A Assembléia Legislativa examina a lei orgânica à luz da legislação federal ou estadual; toma a lei orgânica *em tese*, porque independente de provocação. Profere uma decisão sobre matéria de direito e, a seguir, expede um provimento legislativo extinguindo as disposições que incidiram na arguição de ilegalidade (ver número 12).

E' ao poder legislativo estadual que cumpre, mediante ato legislativo formal, decretar os princípios e especificar os órgãos que regerão o Município; é uma competência de legislar formalmente (item 9.º).

De outra parte, o Município não é um ente politicamente autônomo, senão uma autarquia administrativa de base territorial (item 12.º).

O Município não passa de um processo de descentralização da administração do Estado, é criação do poder legislativo estadual; por isso, está sujeito ao controle do Estado, controle tradicional, no Brasil, quando assume a forma de revisão das leis orgânicas (item 12.º).

A revisão é controle repressivo, porque sobrevém quando o ato adquiriu perfeição e eficácia; por intermédio dela abre-se o exame da legalidade da lei orgânica. O titular do controle repressivo tem competência para exercê-lo "ex-officio", como é de regra.

Uma decisão sobre a legalidade aparece tanto no controle sobre as entidades autárquicas, como no recurso hierárquico. Mas há certas diferenças, que impende assinalar.

O controle constitui uma relação jurídica entre dois *sujeitos* de direito (no caso: Assembléia Legislativa e Município) e, por isso, está limitado pela "liberdade do ente" — sua autarquia —, ao passo que o poder hierárquico se desenvolve entre órgãos do mesmo *sujeito*, razão pela qual o que está vinculado por este último poder não pode, *como tal*, recorrer aos meios judiciais, ao contrário do que sucede com o ente subordinado a um controle (Horácio Heredia — "Contralor Administrativo sobre los Entes Autárquicos" — ed. 1942 — B. Aires — pág. 59).

Em outros termos, a decisão proferida no recurso hierárquico, o qual assenta na relação de hierarquia, é definitiva, conclusiva, irrecorrível, porque o órgão que ela vincula não possui personalidade jurídica. No controle, tanto o sujeito ativo como o passivo, têm personalidade jurídica; a autarquia é pessoa jurídica de direito público interno. O Município, além disso, é expressamente qualificado em lei como pessoa jurídica de direito público interno — Código Civil, art. 14, inciso III.

Assim sendo, a revisão feita pela Assembléia Legislativa não é para o Município ato conclusivo, definitivo, irrecorrível; pode êle quando quiser, apelar para o Judiciário, reabrindo, dest'arte, a questão da legalidade da Lei Orgânica.

16 — Em 3 de outubro de 1947, o Supremo Tribunal conheceu da representação n.º 96, do Procurador Geral da República, que submettera à apreciação daquela alta Corte Judiciária a Constituição de São Paulo, da qual muitas disposições tinham sido colocadas sob censura de inconstitucionalidade pelo Governador do Estado; foram declarados incompatíveis com a Lei Magna do país vários dos seus preceitos, entre os quais o inciso da letra i, do art. 21, que rezava:

— É da competência exclusiva da Assembléia examinar, em confronto com as respectivas leis, os decretos e regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, abrogando os dispositivos ilegais".

Este preceito foi julgado inconstitucional por ferir o princípio da independência e harmonia dos poderes, que as unidades federadas, ao se organizarem, são obrigadas a respeitar por determinação expressa da Constituição Federal.

Nos seus votos, declaram os ministros que somente o Poder Judiciário, no uso de atribuição exclusiva e quando chamado a pronunciar-se, pode aferir da discordância entre os regulamentos e as respectivas leis, a fim de anular ou invalidar os textos impugnados; de outra parte, a faculdade de abrogar os dispositivos regulamentares ilegais representa a invasão de funções próprias do Poder Executivo (Supremo Tribunal Federal — representação n.º 96 — 3.10.47 — Arquivo Judiciário; vol. 85, págs. 77 a 147).

Em suma, a citada disposição da Constituição do Estado de São Paulo viola duplamente a regra da independência e harmonia dos poderes: implicando uma decisão sobre a legalidade dos decretos regulamentares do Executivo, usurpa atribuição do Poder Judiciário, e abrindo ao Legislativo oportunidade para abrogar normas regulamentares, invade esfera de competência própria do Poder Executivo.

17 — Preceitua a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul no inciso XVIII, do art. 46:

— “É da competência exclusiva da Assembléia rever as leis orgânicas municipais, a-fim-de expurgá-las de disposições contrárias à legislação federal ou à estadual”.

Esta norma constitucional consagra, em termos quase semelhantes, faculdade idêntica àquela do Estatuto político de São Paulo, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ver itens 15.º e 16.º).

Espíritos simplistas concluirão, de imediato, que, à vista do precedente judiciário, acima referido, é inegável a incompatibilidade do inciso XVIII, do art. 46, da Constituição do Rio Grande do Sul, com a Lei Magna da República.

Na verdade, a decisão do Supremo Tribunal, no caso de São Paulo, está rigorosamente enquadrada nos cânones do direito constitucional.

Estão frente a frente, num mesmo plano de igualdade: de um lado, o Legislativo, que expediu uma lei; de outro, o Executivo, que decretou um regulamento. Qualquer conflito entre o regulamento e a lei, não pode ser solvido senão pelo Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições específicas. O conflito surge entre dois poderes *independentes*, cada um desempenhando funções próprias; estão ambos situados num mesmo plano de igualdade. O controle de legalidade do Legislativo sobre o Executivo só se justificaria se o primeiro gozasse de uma posição de pre-eminência, em face do segundo, ou se situasse sobre ele como poder hierarquicamente superior.

A relação de hierarquia, própria da Administração pública, tem por conteúdo uma série de poderes da autoridade superior sobre os órgãos dependentes; entre esses poderes se conta o de decidir os recursos administrativos apresentados contra os atos das autoridades inferiores, decisão que tem por conteúdo, em regra, um controle de legalidade (Guido Zanobini, professor de direito administrativo na Universidade de Roma — “Corso di diritto amministrativo” — ed. 1947, vol. 1.º págs. 113 e 114, e vol. 2.º, ed. 1946, pág. 65; Rafael Bielsa — “Derecho Administrativo” — tomo 1.º — ed. 1938 — n.º 211).

De outra parte, o controle, que a lei estabelece sobre as entidades autárquicas, compreende igualmente o chamado controle de legalidade (Rafael Bielsa — op. cit. — vol. 2.º — ed. 1938 — ns. 505 e 565; Horácio Heredia — “Contralor Administrativo sobre los entes autárquicos” — ed. 1942 — pág. 66; “Entidades Autárquicas institucionales — Bases para una ley organica” — Coletânea de estudos publicada pelo Instituto Argentino de Estudos Legislativos — 1942 — pág. 48).

A lei pode estabelecer que um determinado controle se atribua ao poder legislativo — é o chamado controle legislativo sobre as autarquias (Horacio Heredia — op. cit. — pág. 26; “Entidades Autárquicas institucionales” — pág. 20 e 21); é justamente o que acontece no Rio Grande do Sul, pela norma contida na Constituição estadual.

O Município não goza de autonomia política; é uma autarquia administrativa de base territorial, sobre cuja criação cabe ao poder legislativo estadual dispor.

A Assembléia Legislativa coloca-se em relação ao Município na posição de poder superior, e, *como tal*, intitulado pela Constituição do Estado ao exercício de um controle de legalidade sobre a lei orgânica municipal.

Daí se depreende que não tem aplicação ao caso as conclusões, assim como os fundamentos jurídicos, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do estatuto político do Estado de São Paulo, na parte em que instituía o controle de legalidade, exercido pela Assembléia Legislativa, sobre os decretos e regulamentos do Poder Executivo.

Salientou-se que a revisão foi atribuída à *competência exclusiva* da Assembléia Legislativa; que essa competência exclusiva significa independêr o seu exercício da colaboração do Poder Executivo; dá origem a um ato legislativo formal que não necessita de sanção, nem é suscetível de veto (item 1.º).

A exclusividade dessa competência do Legislativo não tem a virtude de isentar o ato legislativo respetivo do conhecimento do Poder Judiciário; é um efeito incompatível com as regras imperativas da Constituição Federal.

Neste ponto, atenda-se aquêlê dos cânones de hermenêutica constitucional que manda, entre duas interpretações possíveis da letra escrita, preferir a que se coadune com o texto expresso do Código Político básico de um país (Carlos Maximiliano — “Comentários à Constituição Brasileira” — 4.ª ed. — n.º 74; idem — “Hermenêutica e Aplicação do Direito” — 3.ª ed. 377).

18 — Como decorrência dêste estudo, devem assentar-se as seguintes conclusões:

1.ª — O Município não goza de autonomia política, entendida como faculdade de auto-organização (itens 3.º e 8.º).

2.ª — O Município é uma autarquia administrativa, de base territorial (item 12.º).

3.ª — A revisão de Lei Orgânica representa controle, legítimo e válido, sobre o Município, criado pela Constituição do Estado e por ela deferido à competência da Assembléia Legislativa (itens 12.º e 17.º).

4.^a — Inconformado o Município com a abrogação, pela Assembléa Legislativa, de disposições da sua Lei Orgânica, poderá recorrer ao Judiciário, sustentando a compatibilidade das normas da Carta municipal com a legislação federal ou estadual (item 15.^o).

RELATÓRIO E PARECER

Relator: FRANCISCO MACHADO VILLA

I — Na sua tese acima mencionada, o Dr. Arno Schilling pretende demonstrar a constitucionalidade da competência atribuída, de modo exclusivo, à Assembléa Legislativa no art. 46, n.^o XVIII, da Carta Estadual de 1947, qual seja a de rever as leis orgânicas municipais, a fim de expurgá-las de disposições contrárias à legislação federal ou à estadual. Para tanto, depois de estudar a posição do município brasileiro na vigência da Constituição Jurada em 1824 e das constituições republicanas de 1891, 1934, 1937 e de 1946, ressalta que a autonomia municipal não reveste caráter político, e, com apoio em Rafael Bielsa, que o município é uma autarquia administrativa de base territorial, não passando de um processo de descentralização do Estado, a cujo controle deve estar sujeito.

O autor da tese adota a opinião do ministro Castro Nunes, segundo a qual o “status” jurídico do município brasileiro, definido na Constituição de 1946, constitui “deformação” do regime federativo, que supõe a vida de relação circunscrita às províncias e à União, e conclui, ainda de acordo com o pensamento de Castro Nunes, que as leis municipais, inclusive as orgânicas, não são leis no aspecto formal, mas apenas no sentido material, sendo que a atividade legisladora do município se circunscreve à expedição de regulamentos e posturas.

Finalmente, levando em conta que o princípio da independência e harmonia dos poderes não significa que ao Judiciário caiba, com exclusividade, o exercício da jurisdição, pois outros órgãos, não pertencentes do ramo judiciário dos poderes, possuem competência para exercer funções jurisdicionais, resguardando-se a independência do Judiciário com atribuir-lhe as decisões finais, definitivas, conclusivas, sobre matéria de fato e de direito, afirma que é lícito conferir à Assembléa Legislativa a atribuição de decidir a legalidade dos dispositivos das leis orgânicas. E como a decisão do Poder Legislativo estadual não é conclusiva, o município pode recorrer da mesma para o Judiciário.

II — A tese em exame, como se vê, trata de um assunto de inegável importância, o qual tem provocado debates apaixonados, opinando uns pela constitucionalidade da revisão das leis orgânicas mu-

nicipais pela Assembléa Legislativa, outros pela sua inconstitucionalidade.

A meu ver, a opinião desta última corrente é que deve prevalecer.

Com efeito, é sabido que em qualquer regime político, a autonomia do município como instituição é condicionada pela Constituição vigente de cada Estado, embora se possa perceber a constância de certos elementos constitucionais que informam, em substância, a autonomia municipal.

Entre nós, deixando de lado a Constituição de 1824, na qual já o princípio de eletividade das Câmaras Municipais era firmado, e a lei de 1828, que a regulamentou, e que refletiam, assim como o Ato Adicional e a lei interpretativa n.^o 105, de 12 de maio de 1840, as tendências centralizadoras próprias dos regimes unitários, aludiremos apenas às Constituições republicanas.

Sabe-se que, proclamada a República, as idéias federativas se realizaram com a transformação das Províncias em Estados Federais, dotados de “legítima soberania” no decretar a sua própria Constituição. No decreto do Governo Provisório n.^o 510, de 22 de junho de 1890, e no que se seguiu a este, de n.^o 194 A, de 23 de outubro do mesmo ano, impunha-se aos Estados que, ao se organizarem, o fizessem sob o regime municipal com estas bases: 1.^o — A autonomia do município em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e 2.^o — Eletividade da administração local. De acordo com as normas adotadas, seguiu-se um critério de simetria, na conformidade do qual foi deixada aos Estados a organização do Município, respeitados os princípios na Constituição provisória.

A Constituição de 1891 acentuou ainda mais essa competência organizatória dos Estados, sintetizando-a no art. 68, que dispunha:

“Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”.

Como observam os nossos constitucionalistas, os Estados, seguindo o espírito feudal oriundo das capitanias, primaram em restringir cada vez mais a autonomia municipal, dando à citada norma constitucional uma compreensão que, por certo, não correspondia às idéias dos legisladores constituintes.

O que se verificou na fase republicana foi, praticamente, um retorno ao regime de rígida centralização, característica do unitarismo imperial, deixando de existir, de fato, a autonomia municipal. Pode-se dizer realmente, de acordo com C. Maximiliano, que a autonomia do município era então simples *letra morta*, porque não existiu efetivamente, “tendo-se operado lamentável retrocesso no sentido da aproximação do sistema vigorante sob o Império unitário e, portanto, centralizador. Constituições e leis ordinárias regionais ad-

mitiam recurso, a respeito de assuntos políticos e administrativos, de atos da autoridade executiva legislativa local para a Assembléia ou para o próprio Governador do Estado..." (Com. à Const. Brasileira de 1946, vol. 1.º, p. 350)). É nesse sentido igualmente a crítica de Almachio Diniz, que não recebeu afirmar de maneira incisiva "que, diante do art. 68, tôdas as leis ordinárias dos Estados que dispõem, entre nós, sôbre as organizações municipais são positivamente inconstitucionais como tal aniquilando a autonomia fundamental dos nossos municípios" (Ver Direito Público e Constitucional, 1917, p. 258).

Essa ampliação exagerada do poder organizatório dos Estados decorreu, aliás, da norma geralmente observada nas Constituições Federais, isto é, o reconhecimento de duas ordens de competência apenas: a União e os Estados, entre os quais, no regime federativo, exaure-se tôda vida de relação.

Em face dessa norma, Castro Nunes pôde sustentar que nas federações os Estados-membros assumem um tipo unitário, na sua organização interna, "descentralizando-se por meio da autonomia municipal. "E acrescenta: "Federal só é a União. Seria absurdo supor que cada Estado constituísse uma federação em miniatura, de base comunal". (Do Estado Federado e Sua Organização Municipal).

Entretanto, nossa organização federativa modificou-se, de certo modo, como tem sido observado, a partir da Constituição de 1934, que adotou novo critério na delimitação das competências, reconhecendo mais uma, a dos municípios, de limites precisos, em certo sentido e diante dos quais cessa a interferência da legislação federal ou estadual. Sem dúvida, trata-se de uma particularidade do nosso sistema federal, não encontrada em outros regimes federais, como com acerto notou o ministro Carvalho de Mourão, quando, ressaltando essa feição original da Carta de 1934, disse que êste diploma "fez dos municípios um dos membros da trilogia: União, Estados e Municípios, aduzindo: "Isto constitui uma originalidade. E' patente que foi abandonado, nesse ponto inteiramente, o modelo norte-americano. O município é, conseqüentemente, uma das três subdivisões das funções de soberania, em nosso Estado composto. Entre nós, não há nenhuma dúvida: O Município tem funções verdadeiramente legislativas, as quais são uma das expressões da soberania. O Poder Legislativo Municipal é um poder legislativo como o dos Estados ou o da União. As leis municipais são leis; não sômente no sentido formal, senão também no material (pelo seu conteúdo), — porque criam e regulam relações jurídicas entre o poder municipal e os seus administrados, e entre os próprios cidadãos dos municípios. Nas leis de polícia administrativa municipal são reguladas verdadeiras relações jurídicas. Têm elas caráter verdadeiramente legislativo;

não consubstanciam medidas e providências meramente administrativas. No município só não existe o Poder Judiciário, como ciração do município. Os Poderes Legislativo e Executivo Municipais, porém, estão em pé de igualdade com os Podêres Legislativos e Executivos dos Estados e da União". (Rev. de Direito, n.º 126, 1937, p. 275).

Esse mesmo critério de definição da competência federal, estadual e municipal, se bem que não de todo preciso, foi adotado pela Carta de 1937, não obstante revelar essa lei básica certa inclinação para a organização corporativa do Estado, procurando revestir de maior autoridade o poder executivo, com extensão dessa tendência naturalmente até os municípios, cujos Prefeitos passaram a ser de nomeada dos Governadores dos Estados.

A Constituição de 1946, nascida das lições políticas do momento, orientou-se no sentido de alargarem-se as bases da autonomia municipal, mantendo a divisão tríptica das competências — a federal, a estadual e a municipal — dando uma estrutura mais definida e fortalecendo-lhe economicamente por uma atribuição maior de rendas, a fim de tornar-lhe possível a realização das finalidades que lhe são próprias. Sobretudo, deu maior compreensão à importância social e política do município.

Fundado nesse fato, certamente, foi que Pontes de Miranda acentuou que o "Município é entidade intraestatal rígida como o Estado-membro", depois de assinalar que o regime jurídico das edilidades passou a ser original criação do direito constitucional brasileiro, mercê de certos ensinamentos da prática imperial, republicana e ditatorial (1930-1934), frisando ainda: "O caráter *político* da função municipal somou mais argumentos às suas provas anteriores e seria absurdo transplantarmos ao Brasil a concepção de só ser administrativa a função municipal". (Comentários à Constituição de 1946, vol. I, ps. 465 e 486).

Realmente, não se pode deixar de atribuir ao município certa função política, além da administrativa que lhe é própria. E' claro não ser possível atualmente considerar o município no plano exclusivo do jusnaturalismo, embora se lhe reconheça, legítimamente, do ponto de vista histórico, formação política anterior ao Estado. O concerto do município moderno não assenta no reconhecimento de direitos absolutos e naturais a favor dessa pessoa jurídica de direito público interno. O município já não é uma unidade política a que corresponda um corpo de direitos subjetivos, intangíveis e inatos, tal como, guardada a peculiaridade de condições políticas, acontecia em relação ao município romano e à cidade — Estado dos tempos medievais. Se antes a sua função principal era a de defensor dos direitos privados e das liberdades públicas essenciais, com o tempo esta sua função foi

perdendo significação, como resultado de profundas alterações na organização política da sociedade, as quais levaram aquelas funções para o campo privativo das atribuições do Estado. Para o domínio dêste, já perfeitamente estruturado e dotado da força necessária para cumprir as suas finalidades, é que passou a proteção dos direitos individuais fundamentais e a garantia da liberdade em tôdas as suas manifestações.

* * *

Convém frisar, neste ponto, para afastar-se a idéia de ser o município mera autarquia administrativa, que, embora sem interesse para o exame do município sob o ponto de vista jurídico, não é demais lembrar a sua posição no plano sociológico, como explicação expontânea do fenômeno da sociabilidade humana, conforme a expressão de Santi Romano, que define o município, nesse plano, como um ente perfeitamente natural, um organismo dotado de vida própria, e com leis próprias de desenvolvimento e decadência. (Trattato di Diritto Amministrativo Italiano, de Orlando, tomo II — § 122).

Encarado dêsse ponto de vista, a existência do município decorre da justaposição de elementos oriundos da realidade viva, sob o imperativo da convivência dos indivíduos e famílias e num determinado território. Esse fato social confere ao município o caráter de sociedade baseada em laços naturais e, portanto, expontâneos, de sociedade que se impõe como um fato de natureza humana irredutível. Tais laços têm origem na convivência imposta pela *vizinhança*, existindo um “centro de atração das famílias” que mantém a coesão dos agrupamentos. Daí poder-se afirmar que o município é um núcleo social fundamental, dotado de vida própria e com características estruturais que lhe emprestam condições para ser considerado base de formação econômica e moral e fonte de energia agregadora. É como o define Posada: “O núcleo social de vida humana total, determinado e definido naturalmente pelas necessidades e relações de vizinhança”. (Derecho Político, 1935, tomo I, p. 126; ver ainda Mac Yver, Comunnidad).

Semelhante definição do município implica o reconhecimento de que a sua existência corresponde a uma exigência natural, qualquer que seja o regime do Estado, se bem que no regime federativo, inequivelmente, mais do que em qualquer outro, seja o município um pressuposto obrigatório. Atendendo a essa verdade, friza Posada: “o caráter *real* do Município se impõe como base mesmo de regimes unitários e absorventes como o da lei prussiana de 15 de dezembro de 1933: “O Município, diz esta (art. 1.º, I) é uma célula, reconhecida pelo Estado, formada historicamente e constituída em unidades resultantes da vida em comum, em um território, de uma pluralidade

de famílias e da coexistência local de instituições, estabelecimentos e obras”.

* * *

No terreno das doutrinas políticas modernas e da atual conceituação do Estado, é acentuada a importância do regime municipal, o qual, como diz Adolfo Posada, “oferece campo adequado para uma revisão das doutrinas políticas fundamentais e dos conceitos capitais da teoria do Estado, revisão que expontaneamente se suscita, ao tratar-se de vencer as dificuldades com que se defronta o movimento universal empenhado no bom governo das cidades. “E acrescenta: “Desde a doutrina da soberania política e o problema da natureza do poder público, como a divisão dos poderes, até as questões de técnica administrativa mais estrita, desde os problemas de socialização e municipalização de certos meios de vida até os relacionados com a responsabilidade de representantes e empregados, ou com a noção de serviço público, etc. etc., todos êsses graves assuntos, que integram hoje tôda a teoria do Estado e do direito político, têm as suas manifestações na teoria do governo municipal e todos ocasionam dificuldades práticas e soluções positivas, no regime das grandes cidades modernas”. E destacando que o Direito Municipal, em definitivo, deve ser um capítulo do Direito Político, termina: “Demonstração prática, positiva, desta assertiva é a *constitucionalização* das bases do regime de Municípios — a garantia que esta constitucionalização procura para a condição política e jurídica dos Municípios. Em todo o caso, é um problema essencial para todo Estado o reconhecimento, consagração e regulamentação do regime de seus Municípios”. (O Regime Municipal da Cidade Moderna, 1936, págs. 205 e 206).

Pensam do mesmo modo alguns autores dos Estados Unidos da América, cuja Constituição, aliás, não dispõe sobre regime municipal, deixando o assunto aos Estados membros. Merecem citação especial Wilcox, (Government by all the People, or the Initiative, the Referendum and the Recall as instrument of Democracy) e Maxey, (Municipal Government), igualmente mencionados por Posada.

Não é outra, de certa forma, a opinião de Jellinek, o qual, apesar de dizer que o município é um problema de técnica organizatória dos Estados-membros, pondera, todavia, que “aquêl que exclui completamente a autonomia administrativa do círculo do político desconhece que todos os conceitos jurídicos da vida pública nasceram do político, e que, em geral, o que na vida real do Estado é exigido para fins práticos, e mais tarde se exerce de um modo permanente, condensa-se necessariamente em uma formação de direito”, tudo se referindo a uma questão de medida de autonomia, pois “política e juridicamente só se pôde falar em maior ou menor extensão de descentralização, medi-

da essa determinada pelas diferentes circunstâncias históricas e políticas". (Teoria General del Estado, ed. arg. de 1943, ps. 403-404).

Poder-se-ia mencionar também a opinião autorizada de Alcides Greca, o qual na Argentina, cuja Constituição apenas resguarda a observância do regime municipal, sem discriminar a competência do município, afirma que o "governo do município, em que pese a opinião de alguns autores que lhe atribuem um papel exclusivamente administrativo, tem atividades políticas e dá nascimento a atos que não podemos classificar entre os meramente administrativos ou entre os de simples gestão privada. Ditos atos, ainda que se produzam com menor freqüência do que na órbita do Estado, são essencialmente políticos ou de governo. Manifestam-se particularmente na organização de seus poderes e em suas relações com a Nação, a província e os outros municípios. (Derecho y ciência de la Administración Municipal, 1937, pág. 136).

É a mesma cousa que entre nós asseverava Fernando Antunes: "Os que sustentam não ser o município um poder político, esquecem-se de que, qualquer que seja a face da atividade pública, legislativa, jurisdicional ou administrativa, se acham sempre diante de uma atividade política, variando, apenas, na evolução da vida municipal, com maior ou menor amplitude, a esfera do poder político dos Municípios". (Do Município Brasileiro, 1926, pag. 50).

O elemento histórico fornece argumentos, favoráveis ao ponto de vista que propende para conferir à autonomia municipal caráter também político.

Ao se discutir o art. 28 da Constituição Federal vigente, estabeleceu-se controvérsia sobre a natureza da autonomia do município, tendo fixado a doutrina vencedora, que reconhece o duplo caráter político e administrativo da autonomia municipal, principalmente as opiniões de Eduardo Duvivier e Aliomar Baleeiro, bem como as de Ferreira de Souza e Ataliba Nogueira, que, como relator do ante-projeto chamou a atenção para o texto que ia ser votado, dizendo que o Município é um órgão político, segundo o inciso I do art. 28, para afinal declarar que a autonomia do Município é afirmação política. (Ver José Duarte, A Constituição Brasileira de 1946, vol. I, pags. 523 a 530).

Durante a discussão, foi criticada a doutrina sustentada pelo ministro Castro Nunes, a que já se fez menção, doutrina que é ainda por ele defendida, como se pode verificar do voto que expendeu no julgamento do Habeas-corpus n.º 30.256, ac. de 20 de abril de 1948. (Rev. Forense, vol. 120, ps. 213 e sgts.). Este seu voto foi vencedor, negando-se validade à disposição da Constituição de Paraná que concedia imunidade aos vereadores. Teve ocasião de afirmar, então, o ministro Castro Nunes que "lei, no duplo sentido material e formal, só existe em cada Estado se emanada da Assembléia Estadual" e

aludindo à distinção entre leis formais e materiais, aduziu: "Materialmente, tôdas as deliberações tomadas por disposição geral e que tenham força coativa são leis. Entram assim, nessa qualificação de leis materiais até os regulamentos e seus desenvolvimentos secundários, as portarias e instruções. Entram na mesma qualificação as convenções coletivas de trabalho e outras preceituações consecutivas a certas associações investidas de função de poder público. E' desse ponto de vista que se pode dizer que os municípios legislam, o que apenas significa que exercem funções quase legislativas ou paralegislativas. Legislam, é certo, mas nem por isso exercem Poder Legislativo, no sentido constitucional". E depois, criticando a orientação da Carta de 1946 a respeito da autonomia municipal, observou: "... a Constituição Federal mudou de certo modo a posição do município no regime: com êle tratou no mesmo plano em que figuram os Estados para lhes assegurar garantias orgânicas e financeiras de autonomia que antes não tinham, pelo menos por cláusulas expressas. Daí resultou, entretanto, certa deformação do regime federativo, que supõe a vida de relação circunscrita às províncias e à União".

Vê-se que o ministro Castro Nunes ainda se apegou à conceituação clássica do regime federal, não admitindo inovações que correspondam às exigências da realidade histórica, nem sempre ajustável aos conceitos.

Lembrando as palavras de Pontes de Miranda sobre a peculiaridade do direito constitucional brasileiro no tocante ao regime municipal, é oportuno registrar a opinião de Vitor Nunes Leal ao comentar a decisão mencionada: "O Supremo Tribunal, no seu papel de intérprete máximo da Constituição, não nos parece que deva deformar a realidade para submetê-la a um conceito "a priori" de federação. Ao contrário: cumpre-lhe tomar consciência das peculiaridades do nosso regime federativo, para construir a nossa doutrina do Estado Federal, doutrina que só será brasileira, evidentemente, na medida em que conseguir ajustar as nossas particularidades dentro de um esquema conceitual mas amplo e bem ordenado". (Rev. de Direito Administrativo, vol. 17, 1948, p. 386).

Idêntico reparo no fundo foi feito pela Comissão que ofereceu emenda ao projeto de lei do Senado, n.º 23, de 1948, relativo aos crimes de responsabilidade, e a qual foi justificada pelo senador Attilio Vivacqua, entre outros, nos seguintes termos: "Os argumentos de que os vereadores não gozam de imunidades fundam-se no pressuposto de que as Câmaras locais não exercem Poder Legislativo. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, divergindo do voto do conspícuo Relator do "Habeas-Corpus" número 30.256, Sr. Ministro Hahnemann. Guimarães, acompanhado pelo seminente Ministros Anibal Freire e

Edgard Costa, adotou a tese nesse sentido do consagrado jurista Sr. Ministro Castro Nunes.

Conforme reconhece S. Excia. a solução se apresentou hoje mais complexa do que outrora quando o Supremo Tribunal declarava, pelo acórdão de 28 de abril de 1915, que os Vereadores e Prefeitos municipais não gozavam daquelas imunidades.

Ante as próprias palavras do Relator, e data vênua da Egrégia Côrte, cujo pronunciamento não foi unânime, não se pode considerar definitiva a solução de um caso judicial isolado, em torno do qual se acende o mais vivo e amplo debate, não só no seio das 1.625 Câmaras Municipais da República, mas também nas Assembléias Estaduais, no Parlamento Nacional, em todos os meios jurídicos do país, com a mais profunda repercussão na opinião pública". E após citar Pontes de Miranda, que reconhece existirem no Município Poder Legislativo e Poder Executivo (Com. a Const. de 1946, vol. I, pag. 481), declara: "As Câmaras Municipais, como anteriormente se demonstrou constituem Poder Legislativo, são órgãos locais de soberania. Trata-se de Poder Legislativo insuscetível de contrôle pelo Estado, exercido numa vasta esfera de interesses coletivos e particulares — no dilatado campo que, hoje, cabe aos Municípios, no domínio tributário, no âmbito de serviços que são essenciais para a vida da coletividade — água, esgotos, transportes, energia e iluminação, urbanismo, providências sobre higiene pública, além de outros, e ainda na organização dos seus próprios serviços administrativos". (V. Parecer n.º 942, de 1948, da Comissão de Constituição e Justiça do Senado).

É inegável que o Município possua Poder Legislativo e que as leis dele emanadas são leis tanto no sentido material como no formal, e não simples regulamentos. Para provar isto, basta que se considere um só aspecto da atividade legiferante do Município: a criação dos tributos de sua competência. Ora, sabe-se que só mediante lei formal, é possível criar tributo, em face do art. 141, § 34, da Constituição de 1946, reproduzido no art. 164, § 34, da Carta Estadual de 1947, e segundo o qual "nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça". Ao estabelecer o tributo, o município legisla, sem dúvida, de modo formal, dado que, realmente, sendo a obrigação de pagar tributos uma obrigação "ex-lege" de direito público, só por lei no sentido formal estes podem ser criados.

Aliás, a Constituição do Estado, pelas expressões que usa em alguns de seus dispositivos, reconhece claramente a função legislativa do município. Um desses dispositivos é o art. 154 que estabelece: "São atribuições da Câmara Municipal votar leis e resoluções da competência do Município..." Outro, o art. 161 que declara que

"a iniciativa das leis municipais compete ao Prefeito, a qualquer vereador e ao eleitorado..."

Entretanto, embora se reconheça que a Constituição de 1946, seguindo de certo modo a técnica das Constituições de 1934 e 1937, garantiu um mínimo de autonomia municipal, e foi mais longe, "imprimindo ao município o cunho de instituição orgânica não só do regime democrático, mas também do regime federativo" não se pode deixar de concluir que cabe aos Estados-membros a atribuição de, através de suas Constituições, discriminar os elementos que informam a organização municipal, pois a Carta Federal não adotou o princípio da auto-organização do município. A organização dêste é dada pelos Estados.

No uso dessa atribuição organizatória, ao Estado é lícito votar a lei orgânica do Município, adotando um tipo uniforme de lei ou escolhendo entre alguns padrões estabelecidos, ou então autorizar essa faculdade ao Município, instituindo o regime das Cartas Próprias.

Este último sistema, como se sabe, ao contrário do que sucede ainda hoje na generalidade dos Estados é adotado pelo Rio Grande do Sul desde a sua primeira Carta republicana, o que lhe valeu ter sido apontado, desde o regime da Constituição de 1891 como a unidade federada onde a "autonomia municipal foi verdadeiramente considerada" ou como o Estado que possui a Constituição "mais coerente com os princípios da Constituição Federal, por conferir aos municípios o direito de elaborar a sua lei orgânica".

Por se tratar de matéria em que a vontade dos Estados se move livremente, dada a ausência de cláusula expressa na Constituição Federal sobre o assunto, as Constituições Estaduais podem estabelecer condições ou restrições ao exercício dessa faculdade de votar a sua Carta constitutiva.

Mas, entre essas condições ou restrições, é lícito que figure aquela que importa em revisão das leis orgânicas municipais pela Assembléia Legislativa, para expurgá-las de disposições contrárias à legislação federal ou estadual?

Entendo que não, porque essa competência conferida a Assembléia Legislativa viola princípios expressos da Constituição Federal.

Com efeito, uma vez de posse dessa faculdade que lhe é transferida pelo Estado, ao Município deve ser reconhecido o direito de exercitá-la livremente, dentro dos limites que lhe são traçados nas Constituições e nas leis, como acontece quando edita as leis de outra natureza. Poder-se-ia compreender que a Carta Estadual condicionasse a vigência das leis orgânicas à prévia aprovação do órgão legislativo do Estado, tal como sucede em alguns Estados norte-americanos. Essa exigência teria a sua justificativa no fato de exercerem os municípios um direito que originariamente pertence aos Estados,

qual seja o de organizarem suas comunas, e assim ter-se-ia como perfeitamente legal a sua ingerência nessa particular atividade legislante dos municípios, porquanto essa interferência teria o caráter de colaboração legislativa ou quando muito de supervisão, que não se confunde com controle.

Mas, uma vez promulgada, a lei orgânica adquire a validade de lei formal, se editada de acordo com as formalidades exigidas, e só pode ser revogada pelo Município que a promulgou ou anulada pelo Poder Judiciário.

Realmente, a anulação das leis escapa, pela natureza do ato, à competência do Poder Legislativo. O exame da ilegalidade ou da inconstitucionalidade das leis é assunto de natureza jurídica, e não política, no sentido próprio. É questão de aplicação da lei e de julgamento de sua validade; é matéria que suscita litígio, podendo ser provocado por quem tiver interesse em determinado caso concreto. Ora, em face da divisão de poderes, estabelecida na Constituição, não pode a anulação da lei ser deferida ao Legislativo, pois constitui função do Judiciário. A este poder é que cabe a apreciação da inconstitucionalidade ou ilegalidade da lei e não ao Poder Legislativo, cujas funções são essencialmente políticas, e essa atribuição é própria do Judiciário não só nos casos concretos, quando se tratar em espécie, como também na declaração de inconstitucionalidade da lei em tese. Serve de apoio ao argumento o disposto no art. 8.º, parágrafo único, da Carta da União, o qual faz depender a intervenção federal nos Estados, para assegurar a observância dos princípios enumerados no inciso VII do art. 7.º, de declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do ato arguido de inconstitucional.

Isto não importa em considerar rígida a divisão constitucional de poderes adotada em nosso regime político. Na verdade, verifica-se de um rápido exame da Constituição que ao Executivo são deferidas algumas funções legislativas e jurisdicionais, além das executivas que lhe são substancialmente próprias (ver arts. 87, I, II e XIX), como também ao Legislativo são outorgadas funções executivas, quando expedem regulamentos (art. 40) e judiciárias (art. 62), e o Judiciário pratica também atos de natureza legislativa, quando elabora seus regimentos internos, e executiva, quando concede licenças ou férias, etc. (art. 9, da Carta Federal).

Mas para validamente exercer essas atribuições, de conteúdo diferente das funções que lhes são inerentes, é necessário que elas constem de cláusula expressa da Constituição.

Ora, não só em virtude de caber substancialmente em suas funções próprias, como também por constituir um poder expresso na Constituição, é que ao Judiciário compete "negar validade às leis

inconstitucionais", segundo o afirmam os nossos constitucionalistas, como não podia deixar de ser. (v. C. Maximiliano, Com. a Const. Do Poder Judiciário — p. 395; P. de Miranda, vol II, e Temístocles Cavalcanti, vol. II.

Por conseguinte, a meu ver, é inconstitucional o art. 46, inciso XVIII, da Constituição do Estado, que autoriza a revisão das leis orgânicas dos Municípios, pela Assembléia Legislativa, para expurgá-las de dispositivos contrários à legislação federal e estadual.

III — Diante do exposto, e reconhecendo o brilho da explanação desenvolvida pelo autor em defesa de seu ponto de vista, discordo das conclusões a que chegou em sua tese.

DEBATES EM PLENARIO

O SR. PRESIDENTE — José Salgado Martins — Estão abertos os trabalhos.

Vamos passar ao estudo da tese "A Revisão das Leis Orgânicas Municipais pela Assembléia Legislativa", apresentada pelo dr. Arno Schilling. E' seu relator o dr. Francisco Machado Villa, a quem concedo a palavra.

O SR. FRANCISCO MACHADO VILLA — A tese do dr. Arno Schilling trata de "Revisão das Leis Orgânicas Municipais pela Assembléia Legislativa".

Vou proceder à leitura do meu relatório.

(LÊ O RELATÓRIO)

(após a leitura) — Apreciado pela Comissão, houve alguma divergência, tendo então sido este outro o parecer que reuniu a concordância dos pontos de vista dos diferentes membros da Comissão: Lê):

"Submetido à discussão e pôsto a votos o parecer do relator, verificou-se o seguinte resultado: por unanimidade foi aprovado o ponto de vista do relator, contrário às conclusões números 1 e 2 da tese do Dr. Schilling, relativas à natureza da autonomia municipal e ao conceito de Município; quanto às conclusões ns. 3 e 4, verificou-se empate, tendo quatro dos membros presentes sufragado as mesmas, por entenderem ser constitucional a revisão das leis orgânicas municipais pela Assembléia Legislativa do Estado, sem prejuízo do recurso ao Judiciário como meio de restabelecer o dispositivo impugnado por esse órgão legislativo".

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão o parecer.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Peço a palavra.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre congressista.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Apenas uma explicação a título de interpretação no tocante ao resultado dos debates dentro da Comissão.

Devo esclarecer, como presidente da 6.^a Comissão, que houve emapte. Quatro dos membros da Comissão acompanharam a conclusão do relator, quanto à natureza do Município e a índole dos seus poderes, mas sugrafaram inteiramente a terceira e a quarta conclusões do trabalho brilhantíssimo do dr. Arno Schilling, enquanto reconheceu a perfeita constitucionalidade das atribuições da Assembléia em rever as leis orgânicas municipais, sem prejuízo do recurso ao Poder Judiciário, relativamente aos pontos que forem impugnados pelo Poder Legislativo.

Esses quatro membros que apoiaram as duas últimas conclusões do trabalho do dr. Arno Schilling, se bem tenham acompanhado o relator nas suas conclusões, entretanto não subscreveram inteiramente todos os fundamentos de que êle se serve para chegar à conclusão de que o Município é uma entidade política, e não apenas uma autarquia administrativa.

Chegamos todos à conclusão de que o Município é uma entidade política, mas nem todos concordamos com os fundamentos de que se serve o relator.

A minha explicação visa abrir mesmo êsse aspeto da discussão. Estamos ávidos, ansiosos para que o douto autor da tese peça a palavra para completar, se assim se pode dizer, a ótima impressão que o seu trabalho nos deixou, demonstrativa de cultura e de um louvabilíssimo esforço para tornar mais amenos os difíceis caminhos do Direito Constitucional.

O SR. ARNO SCHILLING — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre congressista.

O SR. ARNO SCHILLING — Senhor Presidente, digníssimos congressistas.

Duas palavras, apenas, direi sobre o assunto em debate, já que êste Congresso se encontra diante de um grande acervo de trabalhos a serem considerados e de conclusões a serem votadas.

Em resumo, o ponto de vista sustentado na tese consiste no seguinte: em primeiro lugar, que o Município não possui a faculdade de auto-organização. Desde o regime implantado pela Constituição Republicana de 1891, se reconhece aos Estados federados a faculdade de organizarem seus Municípios e de estabelecerem o seu regime municipal. Os Estados federados, no organizarem os seus Municípios, adotam dois sistemas diversos, sistemas aos quais já aludiu o nobre relator, em seu brilhante parecer: ou o Estado federado promulga uma lei orgânica municipal que venha disciplinar a organização muni-

pal de tôdas as suas comunas, ou então o Estado federado institui o regime da carta própria, mediante o qual defere ao próprio Município a promulgação de sua lei orgânica.

Como o Estado do Rio Grande do Sul adotou justamente êste segundo sistema, o da carta própria, a questão que se põe é a de saber se a faculdade que o Estado do Rio Grande do Sul atribui aos Municípios, de promulgarem sua lei orgânica, se esta faculdade representa o exercício do Poder Legislativo, ou o exercício do Poder Executivo, ou o exercício de um poder administrativo de ordem secundária. Tenho par mim, data vênha das respeitáveis opiniões contrárias, que, no Rio Grande do Sul, o Município, promulgando as leis orgânicas, não exerce poder legislativo e isso tomando em conta os conceitos de poder legislativo e de poder executivo, que estão começando a dominar na doutrina contemporânea e, sobretudo, na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Neste país irmão, para examinar a constitucionalidade das chamadas delegações de poder legislativo, é que a Suprema Corte se viu na necessidade de estabelecer critérios que distinguíssem o poder legislativo do poder executivo para poder concluir se uma determinada delegação era ou não inconstitucional, por isto que, na Constituição dos Estados Unidos, a regra da divisão e independência dos poderes é também uma regra imperativa e não uma regra puramente política. Em suma, a Suprema Corte dos Estados Unidos chegou à seguinte conclusão: que o poder legislativo é essencialmente um poder que emite uma vontade inicial e livre, que fixa os dados primários de uma determinada questão, dentro da competência estabelecida pelo estatuto básico; e o poder executivo é aquêl que intervem para completar as premissas estabelecidas por essa vontade anterior que fixou estas premissas básicas.

Aproveitando êstes critérios estabelecidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos na distinção do poder legislativo do poder executivo, fiz um exame da questão no âmbito estadual. Aliás, na doutrina francesa, há um grande constitucionalista contemporâneo, Car-ré de Malberg, que também dedicou ao assunto uma monografia magistral e nela expôs os ensinamentos mais tarde repetidos em sua "Contribuição à teoria geral do Estado"; e é interessante advertir que, ao estudar qual era a natureza específica do poder legislativo e qual era a natureza específica do executivo, chegou à mesma conclusão a que atingiu a Suprema Corte dos Estados Unidos.

Considerando, agora, o caso especial, que é o do Estado do Rio Grande do Sul, vê-se que o legislador constituinte inscreveu no diploma básico um título terceiro, com diversos capítulos, nos quais, por assim dizer, esgota o problema da organização municipal.

O essencial é que o poder constituinte estadual foi quem determinou quais eram êsses órgãos da administração municipal e disse,

então, que, os órgãos eram o prefeito e a câmara de vereadores. Depois, estabeleceu a competência de cada um desses órgãos municipais, tanto do prefeito como da câmara de vereadores. Prescreveu princípios para a iniciativa das leis, a sua aprovação e sanção pelo poder competente.

De sorte que se chega a esta conclusão: o Município, quando estuda, no momento oportuno, sua lei orgânica e vai promulgá-la, encontra, pré-estabelecida na Constituição do Estado, a sua organização e a lei orgânica municipal não é senão a execução da política municipalista consagrada na mesma Constituição. De modo que o Poder Constituinte estadual, fixando na Constituição do Estado, em suas linhas fundamentais, a organização municipal, fez justamente aquilo que devia fazer como Poder Legislativo Constituinte. Em face do Município a Constituição Estadual estabelece as premissas básicas da organização municipal, os princípios, as premissas e depois a competência dos órgãos municipais. Eles vão executar esta política municipalista. Eles encontram todos os princípios fundamentais já estabelecidos na Constituição do Estado e, porisso, o exercício deste poder, pelos órgãos municipais é, apenas, o exercício de um poder de ordem executiva.

Aliás, nesta mesma tese, quando o autor, embora sem brilho (não apoiados) na sustentação afirmou que o Município não possui autonomia de caráter político, ele primeiro conceituou a autonomia municipal como faculdade de auto-organização, e, como não reconhece no Município a faculdade de auto-organização, porque o Município encontra na Construção do Estado já pré estabelecida a organização a que deverá obedecer porisso o autor não reconheceu, e não reconhece, no Município, essa faculdade de auto-organização e, por consequência, a autonomia política.

O essencial nesta questão quer nos parecer que seja a questão da existência, ou não, da faculdade de auto-organização, porque se o município possui essa faculdade é legítimo concluir que o controle estabelecido pela Constituição estadual, não seja constitucional. Aliás, na história do constitucionalismo argentino, há um episódio muito interessante. A primitiva Constituição Argentina determinava ou atribuía ao Congresso Nacional a competência de rever as Constituições Estaduais para expurgá-las das disposições que fôsem consideradas colidentes com disposições da Constituição Federal. Em 1870, foi levada a efeito uma reforma constitucional e esse dispositivo desapareceu, justamente porque, então, se considerava que o referido controle, que esta faculdade de revisão, era incompatível com a autonomia política dos estados federados.

Em nossa organização constitucional, embora a Constituição Federal preveja garantias mínimas da autonomia municipal, no próprio

diploma básico, no entanto, não se discrimina ali a faculdade de auto-organização, justamente porque se atribui aos Estados a competência de organizar o seu regime municipal. É interessante notar também que a autonomia constitucional ou política do Estado federado se define, propriamente, como a competência que ele tem de dar a sua própria Constituição e de participar na formação da vontade federal. Os Municípios não possuem idêntico poder; o Município, de acordo com a explanação que fiz há pouco, não possui esta faculdade de auto-organização. De outro lado, o Município também não participa na formação da vontade estadual do ente federado. De sorte que, salvo melhor juízo, não nos é lícito estabelecer uma equiparação entre a natureza política do Estado federado e a natureza política do Município.

Um dos argumentos de muito peso que apresentam os pregoeiros da tese da inconstitucionalidade da revisão das leis orgânicas municipais pelas Assembléias Legislativas, é que este controle fere o princípio da independência dos poderes, porisso que invade a esfera de atribuição privativa do Poder Judiciário. Data vênua, este argumento não nos parece de todo procedente, porque a independência dos poderes não se deve entender como exercício exclusivo de uma determinada função. Assim, a independência do Poder Judiciário não postula a necessidade de existir monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário. Outros órgãos, disseminados na esfera estadual, podem exercer função jurisdicional, sem que isto implique em quebra do princípio da independência dos poderes. Na decisão de um recurso hierárquico, por exemplo, na esfera do poder governamental ou do Poder Executivo, um recurso hierárquico que interponha o funcionário público da decisão de um Secretário de Estado, para o Governador, este para decidí-lo tem que tomar em conta a legislação vigente e aplicar a lei ao caso concreto, e é justamente nessa aplicação da lei ao caso concreto que consiste o exercício de uma função jurisdicional.

Nos Estados Unidos, também, onde a regra da independência dos poderes é imperativa, nos últimos tempos, muitas leis têm surgido que atribuíram aos órgãos administrativos funções chamadas quase judiciárias. Isto quer dizer que atribuem a determinados órgãos administrativos o poder de decidir sobre matéria de fato. A decisão sobre essa matéria é de caráter jurisdicional; a jurisdição contenciosa compreende, quer decisão sobre matéria de fato, quer decisão sobre matéria de direito, e uma decisão sobre matéria de fato também é decisão de caráter jurisdicional. Sem embargo disso, a Corte Suprema dos Estados Unidos, onde foi levantada a inconstitucionalidade dessa atribuição conferida aos órgãos administrativos, concluiu que esta competência atribuída aos órgãos administrativos,

era constitucional, contanto que se assegurasse ao Poder Judiciário a faculdade de dizer a última palavra sobre a questão. Quer dizer, o Poder Judiciário sempre fica com a atribuição de revisar a decisão que por ventura vier a ser tomada pelo órgão administrativo sobre a matéria de fato. Sendo assim, a regra da independência do Poder Judiciário não deve ser entendida, data vênua, como impondo o monopólio do exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário. Outro qualquer poder do Estado pode, também, aplicar a lei ao caso concreto, contanto que fique assegurado ao Poder Judiciário a faculdade de dizer a última palavra sobre a questão. Por isso, é que a tese conclui que o controle estabelecido pela Constituição, controle este que visa a revisão das leis orgânicas municipais pela Assembléia Legislativa, é constitucional, por isso que ao município, — que é uma pessoa jurídica de Direito Público interno, que possui personalidade jurídica, — sempre estão abertas as vias do Poder Judiciário. E o município tem o direito de não se conformar com a revisão. Apela para o Judiciário, e o Poder Judiciário, então, é que dirá a última palavra, e esta decisão do Poder Judiciário é que será vinculativa. Sendo assim, nestes termos, é constitucional a revisão das leis orgânicas municipais pela Assembléia Legislativa.

São estes os esclarecimentos que ocorrem ao autor da tese oferecer ao plenário, esperando que as luzes dos nobres professores e congressistas saberão suprir as deficiências desta exposição e da respectiva argumentação. (Palmas).

O SR. DARCY AZAMBUJA — Depois do brilhante parecer do relator da Comissão e da proficiente exposição que fez e dos esclarecimentos que prestou, talvez pudesse parecer desnecessário prolongar o debate. Mas, ocorre um fato sobre o qual queria chamar a atenção do Congresso, não tanto em relação à primeira parte da tese, isto é, dos primeiro e segundo itens, sobre a natureza jurídica dos municípios, mas sobretudo em relação aos terceiro e quarto itens das conclusões, ou seja sobre a competência da Assembléia, se é constitucional ou não a Assembléia do Estado sufragar leis orgânicas municipais e retirar dispositivos que julgar contrários à lei estadual ou federal. Parece-me uma questão extremamente palpitante. Eu não interviria no debate, mas ocorre esta circunstância: a Comissão se dividiu e este nosso Congresso vai discutir sobre uma questão de grande monta. Eu não quero dizer que a sua decisão vá influir, mas, de qualquer modo, pode acontecer isso.

O SR. FRANCISCO MACHADO VILLA — E' possível que futuramente tenha grande influência. Sei que existe um movimento no sentido de revisar a Constituição Federal, para que a lei de organização municipal não parta do Estado, mas antes seja fixada em lei federal, em lei ordinária complementar à Constituição Federal,

a fim de retirar dos Estados essa competência que, aliás, existe como instituição na Constituição Federal. Mas nas constituições estaduais, esta competência organizatória, em geral, foi transferida para os municípios; os municípios riograndenses possuem todos auto-organização.

O SR. DARCY AZAMBUJA — Exatamente. Mas eu queria frisar, em primeiro lugar, que o Congresso vai decidir sobre uma questão que interessa profundamente ao Rio Grande do Sul, que até certo ponto está numa situação singular em relação à constituição dos seus municípios. Temos uma responsabilidade muito grande e por isso eu preferiria até, antes de qualquer outra explanação, que este debate fosse adiado para uma sessão onde houvesse maior número de congressistas, para que se pudesse contar com número maior de colaborações, visto que a nossa responsabilidade é grande. A Comissão se dividiu, empatou, havendo se manifestado pela constitucionalidade do dispositivo o dr. Camilo Martins Costa, o dr. Paulo Brosard de Souza Pinto, o dr. João Abreu e eu, isto é, nos manifestamos pela constitucionalidade do dispositivo da Constituição Estadual que permite aos municípios sufragar as leis orgânicas municipais, enquanto o dr. Bruno de Mendonça Lima, dona Rosá Mendonça Lima, o Relator e mais um componente da comissão, declararam que o dispositivo contraria a legislação federal e a legislação estadual.

O SR. FRANCISCO MACHADO VILLA — E teria mais um voto se tivesse mais um congressista.

O SR. PRESIDENTE — E outros mais votariam contra ou a favor. Quer me parecer, em primeiro lugar, que numa sessão resumida, devido ao mau tempo, não devemos tomar uma deliberação definitiva. Em segundo lugar, ao menos que adiemos este debate para outra sessão...

O SR. ALCIDES MENDONÇA LIMA — Praticamente estamos reduzidos à Comissão Constitucional.

O SR. DARCY AZAMBUJA — Efetivamente. Se o debate for adiado para outra sessão, teremos oportunidade de expor melhor o nosso ponto de vista; se fôr decidido hoje, terei que explicar o meu ponto de vista até certo ponto contrário às brilhantes manifestações e declarações do autor da tese.

Mas, eu frizo, que o caso talvez seja para nós, dadas as circunstâncias políticas locais, seja talvez dos casos mais importantes do Congresso e não devíamos resolvê-lo assim, tão rapidamente.

O SR. PRESIDENTE — Dada a relevância da matéria que envolve a tese, de repercussão até política, eu sugeriria ao Congresso e aos nobres congressistas presentes, que realizássemos ainda uma sessão especial, para o debate da tese de autoria do dr. Arno Schilling.

Talvez até segunda-feira à noite, porque haveria maior repercussão e haveria mais tempo para se estudar a matéria.

O SR. DARCY AZAMBUJA — Não se trata de um assunto de transcendência jurídica, mas tem grande importância na política local, muito grande mesmo. Por isso, este Congresso não deve assumir a responsabilidade de decidir assim tão rapidamente.

O SR. ALCIDES MENDONÇA LIMA — Não é o caso de aprovação, porque praticamente a matéria está aprovada.

O SR. PLAUTO AZEVEDO — Na Comissão!

O SR. ALCIDES MENDONÇA LIMA — E aqui no plenário somos quase que todos membros da Comissão.

O SR. DARCY AZAMBUJA — Não há nada aprovado; houve empate. A Comissão empatou!

O SR. ALCIDES MENDONÇA LIMA — E a presidência não tem o direito de desempatar?

O SR. PRESIDENTE — Em resumo, creio que está aprovada a sugestão do professor Darcy Azambuja, de adiarmos o debate para outro dia. (Palmas).

(Tendo que se ausentar por alguns momentos, o senhor Salgado Martins deixa a presidência, sendo substituído pelo sr. Darcy Azambuja).

COMPETÊNCIA PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Dr. Alcides de Mendonça Lima

Professor da Faculdade de Direito de Pelotas, da Universidade do Rio Grande do Sul.

PRERROGATIVA AO PODER JUDICIÁRIO

Já passou para os domínios das questões indiscutíveis a competência atribuída a um organismo fora do círculo do Poder Legislativo para declarar a inconstitucionalidade das leis. A celeuma levantada frente, à primeira manifestação neste sentido, nos Estados Unidos, no início do século XIX, quando MARSHALL criou a grande teoria, não mais persiste na atualidade. É um cânone consagrado.

O punctum dolens é que não se considera interferência estranha à competência do Poder Legislativo a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, elaborada por aquele Poder, por via de julgamento de órgão que lhe é alheio, quer este órgão seja o próprio Poder Judiciário, por intermédio de uma de suas parcelas, quer seja um órgão especializado, autônomo, com função e atribuições definidas para este fim. Assim sendo, apesar de ser o Poder Legislativo o autor da lei, não lhe é função própria negar aplicação à mesma, mas, sim, de um órgão a-parte, integrante ou não do Poder Judiciário, propriamente dito.

Por sinal que a apreciação da constitucionalidade — como ensina o enciclopédico PONTES DE MIRANDA — “deve recair em todos e quaisquer atos. Assim da Justiça, como dos outros órgãos do Estado, ainda aqueles que só exerçam função consultiva, pois a exigência formal da consulta implica a imprescindibilidade constitucional de exame ou de parecer (Os Fundamentos atuais do Direito Constitucional, pag. 399, n.º 2).

Si bem que, tanto na América — de onde proveiu o sistema —, como na Europa, se admita, hodiernamente, que um organismo fora do Poder Legislativo pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, há diferenças de organização entre os principais povos dos dois continentes. Na América, na maioria dos países, esta prerrogativa cabe